



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2008 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2008 Vol. 2**

**Cited as [2008] 2 S.C.R. 3-261**

**Renvoi [2008] 2 R.C.S. 3-261**

---



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

ANNE ROLAND  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratives  
LILI-ANNE MCGRAW  
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

### **Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc. .... 195**

Law of professions — Real estate brokers and agents — Compensation — Consumer protection — Written form of real estate brokerage contract prescribed by statute and regulations — Broker's compensation tied to sale of property according to form prescribed by regulation — Parties agreeing to modification of form and compensation paid even though no sale taking place — Professional ethics complaint against broker — Discipline committee concluding that broker's practice illegal — Whether real estate brokerage legislation authorizes payment of compensation in absence of sale — Whether seller may waive requirement that broker's compensation be paid only after sale — Standard of review applicable to discipline committee's decision — Real Estate Brokerage Act, R.S.Q., c. C-73.1, ss. 43, 74(17), 155(5), (15) — Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1, s. 26(2) — By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2, ss. 85, 96 — Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, s. 13.

### **Canada (Justice) v. Khadr ..... 125**

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Fundamental justice — Duty to disclose — Canadian officials interviewing detainee in Guantanamo Bay and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether principles of international law and comity of nations precluded application of Charter — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's binding obligations under international law — If so, whether detainee entitled to disclosure of records of interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting interviews — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Evidence — Fresh evidence — Admissibility — Fresh evidence admissible to clarify record — No unfairness to other parties in admitting evidence.

### **Canada (Justice) v. Khadr ..... 143**

Civil procedure — Motion for sealing order — Documents to be adduced as fresh evidence can be filed only if subject to sealing order — Admissibility and use of documents to be determined by panel of Supreme Court hearing appeal — Motion granted with conditions.

Civil procedure — Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise non-justiciable issues or lack factual basis not sufficient reasons to strike interveners' factums and

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc. .... 195**

Droit des professions — Courtiers et agents immobiliers — Rétribution — Protection du consommateur — Forme écrite du contrat de courtage immobilier prescrite par la loi et les règlements — Rétribution du courtier liée à la vente de l'immeuble selon le formulaire prescrit par règlement — Modification du formulaire du consentement des parties et rétribution sans vente survenue — Plainte déontologique contre le courtier — Comité de discipline concluant que la pratique du courtier est illégale — La législation relative au courtage immobilier autorise-t-elle une rétribution en l'absence de vente? — Un vendeur peut-il renoncer à ce que la rétribution du courtier soit subordonnée à la vente? — Norme de contrôle applicable à la décision du comité de discipline — Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., ch. C-73.1, art. 43, 74(17), 155(5), (15) — Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1, art. 26(2) — Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2, art. 85, 96 — Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5, art. 13.

### **Canada (Justice) c. Khadr ..... 125**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Justice fondamentale — Obligation de communiquer — Responsables canadiens ayant interrogé un détenu à Guantanamo puis partagé le résultat obtenu avec les autorités américaines — Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations faisaient-ils obstacle à l'application de la Charte? — La procédure alors en cours à Guantanamo était-elle contraire aux obligations internationales du Canada? — Dans l'affirmative, le détenu a-t-il droit à la communication des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Preuve — Nouvelle preuve — Admissibilité — Éléments de preuve nouveaux admissibles pour clarifier certains points du dossier — Aucun préjudice infligé aux autres parties par l'admission de la preuve nouvelle.

### **Canada (Justice) c. Khadr ..... 143**

Procédure civile — Requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés — Documents à produire comme nouveaux éléments de preuve déposés uniquement si les conditions de l'ordonnance de mise sous scellés sont respectées — Décision quant à l'admissibilité et à l'utilisation des documents laissée à la formation de la Cour suprême qui entendra l'appel — Requête accordée et conditions fixées dans l'ordonnance.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

paragraphs from detainee's factum at this stage — Motions dismissed.

Civil procedure — Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise new issues rejected — Issues discussed sufficiently in courts below — Intervenors to be given some latitude in light of requirement that they must present new and different perspective — Motions to strike intervenors' factums dismissed.

### **Canada v. McLarty ..... 79**

Taxation — Income tax — Computation of income — Deductions — Canadian exploration expenses — Absolute or contingent liability — Limited recourse debt — Arm's length transaction — Taxpayer purchasing interest in proprietary seismic data as participant in oil and gas joint venture — Interest acquired for \$100,000, satisfied by cash of \$15,000 and promissory note of \$85,000, payable at future date — Taxpayer deducting \$81,655 from income as Canadian exploration expense in 1992 and additional \$14,854 in 1994 — Minister reassessing deductions on basis that seismic data had fair market value of \$32,182, not \$100,000 — Whether taxpayer's liability under promissory note absolute or contingent — Whether taxpayer's purchase transaction was at arm's length — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 66.1(6) "Canadian exploration expense" (a), 69(1)(a), 251(1).

### **Mustapha v. Culligan of Canada Ltd. .... 114**

Torts — Negligence — Duty of care — Foreseeability — Personal injury — Mental injury — Customer suing his bottled water supplier in negligence after finding remains of flies in unopened bottle — Customer claiming mental injury — Whether damage too remote to allow recovery.

### **R. v. D.B. .... 3**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Reverse onus provisions — Sentencing — Young persons — Presumptive offences — Adult sentences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether burden on young person infringes right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Procédure civile — Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent des questions non justiciables ou n'ont pas un fondement factuel suffisant — Prétentions ne justifiant pas à ce stade-ci la radiation des mémoires des intervenantes et de paragraphes du mémoire du détenu — Requêtes rejetées.

Procédure civile — Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent de nouvelles questions rejetées — Questions suffisamment abordées devant les juridictions inférieures — Les intervenantes doivent avoir une certaine marge de manœuvre compte tenu de leur obligation de présenter un point de vue nouveau et différent — Requêtes en radiation des mémoires des intervenantes rejetées.

### **Canada c. McLarty ..... 79**

Taxation — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Frais d'exploration au Canada — Dette absolue ou éventuelle — Dette avec recours limité — Opération sans lien de dépendance — Achat par le contribuable d'un intérêt dans des données sismiques exclusives à titre de participant dans une coentreprise d'exploration pétrolière et gazière — Intérêt acquis au coût de 100 000 \$, acquitté par le versement de 15 000 \$ en argent comptant et un billet de 85 000 \$ payable à une date ultérieure — Déduction du revenu par le contribuable d'une somme de 81 655 \$ à titre de frais d'exploration au Canada en 1992 et d'une somme additionnelle de 14 854 \$ en 1994 — Nouvelles cotisations du ministre attribuant aux données sismiques une juste valeur marchande de 32 182 \$ plutôt que 100 000 \$ — La dette du contribuable aux termes du billet est-elle absolue ou éventuelle? — L'acquisition des données par le contribuable était-elle une opération sans lien de dépendance? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada » a), 69(1)a), 251(1).

### **Mustapha c. Culligan du Canada Ltée ..... 114**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Préjudice personnel — Préjudice psychologique — Action en négligence intentée par un consommateur contre son fournisseur d'eau embouteillée par suite de la découverte de restes de mouches dans une bouteille encore scellée — Préjudice psychologique invoqué par le consommateur — Les dommages subis sont-ils trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Criminal law — Young persons — Sentencing — Reverse onus provisions — Imposition of adult sentence for presumptive offences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether reverse onus provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

### **R. v. J.H.S. .... 152**

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Accused convicted of sexual assault — Complainant and accused principal witnesses at trial — Whether trial judge adequately instructed jury on application of principles of reasonable doubt to issue of credibility.

### **R. v. L.M. .... 163**

Criminal law — Sentencing — Maximum sentence — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Sentencing judge stating that accused had committed worst crime in worst circumstances and imposing maximum sentence on count of sexual assault — Principles applicable to imposition of maximum sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

Criminal law — Appeal against sentence — Principles applicable to intervention by appellate court in appeal against sentence.

Criminal law — Sentencing — Long-term offender — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Crown applying for finding that accused is long-term offender — Whether long-term offender's period of community supervision must be taken into account in determining appropriate term of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753.1.

### **R. v. Walker .... 245**

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal reversing trial judge's acquittal of accused on charge of second degree murder owing to insufficiency of reasons — Whether trial judge's duty to give reasons for judgment in trial by judge alone operates with equal force on appeal from acquittal as on appeal from conviction — Whether trial judge's reasons adequately explained why accused was acquitted on charge of second degree murder.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. D.B. .... 3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Détermination de la peine — Adolescents — Infractions désignées — Peines applicables aux adultes — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — L'imposition de ce fardeau à l'adolescent porte-t-elle atteinte au droit de celui-ci de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Infliction d'une peine applicable aux adultes dans le cas d'une infraction désignée — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — Les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve sont-elles conformes à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

### **R. c. J.H.S. .... 152**

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante et accusé étant les principaux témoins au procès — La juge du procès a-t-elle suffisamment expliqué au jury les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité?

### **R. c. L.M. .... 163**

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine maximale — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Juge chargé de la détermination de la peine estimant que l'accusé avait commis le pire crime dans les pires circonstances et infligeant la peine maximale pour le chef d'agression sexuelle — Quels critères gouvernent

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Wittwer ..... 235**

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Police officer obtaining incriminating statement from accused after confronting him with prior statement made by accused in violation of his constitutional right to counsel — Trial judge admitting last statement and convicting accused — Whether last statement tainted by prior statement obtained by police in violation of accused's constitutional right — If so, whether last statement should have been excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

## SOMMAIRE (Fin)

l'infliction d'une peine maximale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

Droit criminel — Appel d'une sentence — Critères d'intervention d'une cour d'appel dans le cadre d'un appel sur la peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant à contrôler — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Ministère public déposant une demande en vue de faire déclarer l'accusé délinquant à contrôler — La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753.1.

### **R. c. Walker ..... 245**

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs de jugement — Cour d'appel infirmant la décision du juge du procès d'acquitter l'inculpé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré en raison de l'insuffisance des motifs — L'obligation qui incombe au juge du procès de motiver sa décision dans le cas d'un procès devant juge seul s'applique-t-elle de la même façon dans l'appel contre un acquittement que dans l'appel contre une condamnation? — Les motifs du juge du procès expliquent-ils adéquatement les raisons de l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré?

### **R. c. Wittwer ..... 235**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Policier obtenant une déclaration incriminante d'un accusé après l'avoir confronté à une déclaration antérieure faite par l'accusé en violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat — Admission de la dernière déclaration par le juge du procès et déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé — La dernière déclaration est-elle viciée par la déclaration antérieure obtenue par la police en violation du droit constitutionnel de l'accusé? — Dans l'affirmative, la dernière déclaration aurait-elle dû être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 2008**

**2<sup>e</sup> volume, 2008**





**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**D.B. (a young person within the meaning of the Youth Criminal Justice Act)** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia and Justice for Children and Youth** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. D.B.**

**Neutral citation: 2008 SCC 25.**

File No.: 31460.

2007: October 10; 2008: May 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Reverse onus provisions — Sentencing — Young persons — Presumptive offences — Adult sentences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether burden on young person infringes right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**D.B. (un adolescent au sens de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents)** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique et Justice for Children and Youth** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. D.B.**

**Référence neutre : 2008 CSC 25.**

N° du greffe : 31460.

2007 : 10 octobre; 2008 : 16 mai.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Détermination de la peine — Adolescents — Infractions désignées — Peines applicables aux adultes — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — L'imposition de ce fardeau à l'adolescent porte-t-elle atteinte au droit de celui-ci de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).*

*Criminal law — Young persons — Sentencing — Reverse onus provisions — Imposition of adult sentence for presumptive offences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether reverse onus provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).*

B went to the local mall with friends. A fight ensued with R, in the course of which B knocked R to the ground and punched him. B fled. By the time the paramedics saw him, R had no vital signs and was immediately taken to the hospital. Later that night, B received a call informing him that R had died from his injuries. He was arrested the following morning at a friend's house. B pleaded guilty to manslaughter. As a 17-year-old, his sentencing took place under the *Youth Criminal Justice Act* ("YCJA"). Under the YCJA, manslaughter is a "presumptive offence". In the case of presumptive offences, an adult sentence is presumed to apply. B sought a youth sentence, but the Crown opposed his application. B then challenged, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the constitutionality of the "onus provisions" in the presumptive offences regime. The basis of the challenge was that the provisions impose a "reverse onus", since the burden is on the young person to persuade the court that he or she should not lose the benefit of the youth sentencing provisions, rather than on the Crown to attempt to prove that an adult sentence is justified. The trial judge allowed the *Charter* challenge and sentenced B to the maximum youth sentence that included an intensive rehabilitative custody and supervision order for a period of three years. The Court of Appeal upheld the decision.

*Held* (Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Infliction d'une peine applicable aux adultes dans le cas d'une infraction désignée — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — Les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve sont-elles conformes à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).*

B s'est rendu au centre commercial local avec des amis. Une bagarre a éclaté au cours de laquelle B a jeté R au sol et lui a asséné des coups de poing. B s'est enfui. À l'arrivée des ambulanciers, R n'avait plus de signes vitaux et il a été transporté immédiatement à l'hôpital. Plus tard le même soir, B a reçu un appel l'informant que R était décédé des suites de ses blessures. Le lendemain matin, il a été arrêté chez un ami. B a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. Étant donné qu'il était âgé de 17 ans, il s'est vu infliger une peine sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA »). Aux termes de cette loi, l'homicide involontaire coupable est une « infraction désignée » et, dans le cas d'une telle infraction, il y a présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes. B a sollicité une peine spécifique, mais le ministère public s'est opposé à sa demande. B s'est alors fondé sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour contester la constitutionnalité des « dispositions relatives au fardeau de la preuve » qui font partie du régime d'infractions désignées. La contestation reposait sur le fait que ces dispositions portent « inversion du fardeau de la preuve », étant donné qu'il incombe à l'adolescent de convaincre le tribunal qu'il ne doit pas cesser de bénéficier des dispositions en matière de peines spécifiques, au lieu d'incomber au ministère public de tenter de prouver qu'une peine applicable aux adultes est justifiée. Le juge de première instance a fait droit à la contestation fondée sur la *Charte* et a infligé à B la peine spécifique maximale comportant l'assujettissement à une ordonnance de placement et de surveillance dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation pendant trois années. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt* (les juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ.: The onus provisions in the presumptive offences regime are conceded to engage the liberty interest of the young person under s. 7 of the *Charter*. The inquiry in this case is into whether the deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice. The principle of fundamental justice at issue here is that young people are entitled to a presumption of diminished moral blameworthiness or culpability flowing from the fact that, because of their age, they have heightened vulnerability, less maturity and a reduced capacity for moral judgment. That is why there is a separate legal and sentencing regime for them. This presumption meets the three-part threshold for defining a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The presumption in question is, firstly, a legal principle. The legislative history of the youth criminal justice system in Canada confirms that the presumption of diminished moral culpability for young persons is a long-standing legal principle that has consistently been acknowledged in all of the *YCJA*'s statutory predecessors. This principle also finds expression in Canada's international commitments, in particular the UN *Convention on the Rights of the Child*. Secondly, there is consensus that the principle is fundamental to the operation of a fair legal system. It is widely acknowledged that age plays a role in the development of judgment and moral sophistication. Courts too have acknowledged the reality of reduced moral culpability on the part of young people. The consensus also exists internationally. Thirdly, the principle can be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. It has been administered and applied to proceedings against young people for decades in this country. [38-39] [41] [45-48] [59-62] [66-67] [69]

The presumption of an adult sentence in the onus provisions is inconsistent with the principle of fundamental justice that young people are entitled to a presumption of diminished moral culpability. This does not mean that an adult sentence cannot be imposed on a young person. It may well be that the seriousness of the offence and the circumstances of the offender justify it notwithstanding his or her age. The issue in this case, however, is who has the burden of proving that an adult sentence is justified. A young person who commits a presumptive offence should not automatically be presumed to attract an adult sentence. Because the presumptive sentence is an adult one, the young person must provide the court with the information and counter-arguments

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella : Il est reconnu que les dispositions relatives au fardeau de la preuve, qui font partie du régime d'infractions désignées, mettent en jeu le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'adolescent. En l'espèce la question est de savoir si l'atteinte à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. Le principe de justice fondamentale en cause dans le présent pourvoi veut que les adolescents aient droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée découlant du fait qu'en raison de leur âge les adolescents sont plus vulnérables, moins matures et moins aptes à exercer un jugement moral. C'est pourquoi les adolescents sont assujettis à un système de justice et de détermination de la peine distinct. Cette présomption remplit les trois conditions requises pour qu'il y ait principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, elle est un principe juridique. L'historique législatif du système de justice pénale pour les jeunes au Canada confirme que la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est un principe juridique de longue date qui a été constamment reconnu dans toutes les lois qui ont précédé la loi actuelle. Ce principe se reflète également dans les engagements internationaux du Canada, notamment dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies. Deuxièmement, il existe un consensus sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. Il est largement reconnu que l'âge influe sur le développement du jugement et du discernement moral. Les tribunaux ont eux aussi reconnu le fait que la culpabilité morale des adolescents est moins élevée. Ce consensus existe aussi à l'échelle internationale. Troisièmement, ce principe peut être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Dans notre pays, il est appliqué depuis des décennies aux poursuites contre des adolescents. [38-39] [41] [45-48] [59-62] [66-67] [69]

La présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes que comportent les dispositions relatives au fardeau de la preuve n'est pas conforme au principe de justice fondamentale selon lequel les adolescents ont droit à la présomption de culpabilité morale moins élevée. Cela ne signifie pas qu'un adolescent ne peut pas être assujetti à une peine applicable aux adultes. Il se peut que la gravité de l'infraction et la situation de l'adolescent qui l'a commise justifient que celui-ci le soit malgré son âge. La question soulevée en l'espèce est toutefois celle de savoir à qui incombe le fardeau de prouver qu'une peine applicable aux adultes est justifiée. Il n'y a pas lieu de présumer automatiquement qu'un adolescent qui commet une infraction désignée

to justify a youth sentence. If the young person fails to persuade the court that a youth sentence is sufficiently lengthy based on the factors set out in s. 72(1) of the *YCJA*, an adult sentence must be imposed. This forces the young person to rebut the presumption of an adult sentence, rather than requiring the Crown to justify an adult sentence. This clearly deprives young people of the benefit of the presumption of diminished moral blameworthiness based on age. By depriving them of this presumption because of the crime and despite their age, and by putting the onus on them to prove that they remain entitled to the procedural and substantive protections to which their age entitles them, including a youth sentence, the onus provisions infringe a principle of fundamental justice. [5] [70] [75-77]

The onus on the young person of satisfying the court of the sufficiency of the factors in s. 72(1) also contravenes another principle of fundamental justice, namely, that the Crown is obliged to prove, beyond a reasonable doubt, any aggravating factors in sentencing on which it relies. Putting the onus on the young person to prove the absence of aggravating factors in order to justify a youth sentence, rather than on the Crown to prove the aggravating factors that justify a lengthier adult sentence, reverses the onus. [78]

The onus on young persons to demonstrate why they remain entitled to the ongoing protection of a publication ban is also a violation of s. 7 of the *Charter*. Lifting a ban on publication makes the young person vulnerable to greater psychological and social stress. Since a publication ban is part of a young person's sentence (s. 75(4) of the *YCJA*), lifting a ban renders the sentence more severe. The onus should therefore be, as with the imposition of an adult sentence, on the Crown to justify the enhanced severity, rather than on the youth to justify retaining the protection to which he or she is otherwise presumed to be entitled. [83] [87]

The onus requirements do not survive either the rational connection or minimal impairment branches of the s. 1 analysis. Parliament's objectives of accountability, protection of the public and public confidence in the

doit être assujéti à une peine applicable aux adultes. À cause de la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, l'adolescent doit présenter au tribunal les renseignements et arguments qui justifient au contraire une peine spécifique. Si l'adolescent ne réussit pas à convaincre le tribunal que la peine spécifique est d'une durée suffisante compte tenu des éléments énoncés au par. 72(1) *LSJPA*, une peine applicable aux adultes doit lui être infligée. Cela force l'adolescent à réfuter la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, au lieu d'obliger le ministère public à justifier l'assujettissement à une telle peine. Cela a clairement pour effet d'empêcher l'adolescent de bénéficier de la présomption de culpabilité morale moins élevée fondée sur l'âge. Du fait qu'elles privent les adolescents du bénéfice de cette présomption à cause de l'infraction qu'ils ont commise et en dépit de leur âge, et qu'elles les obligent à prouver qu'ils continuent d'avoir droit aux protections procédurales et substantielles dont ils devraient bénéficier en raison de leur âge, et notamment d'une peine spécifique, les dispositions relatives au fardeau de la preuve violent un principe de justice fondamentale. [5] [70] [75-77]

Le fait d'obliger l'adolescent à convaincre le tribunal que les éléments énoncés au par. 72(1) jouent suffisamment en sa faveur viole également un autre principe de justice fondamentale, à savoir que le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable l'existence des facteurs aggravants qu'il invoque au moment de la détermination de la peine. Obliger l'adolescent à établir l'absence de facteurs aggravants pour justifier une peine spécifique, au lieu d'obliger le ministère public à établir l'existence des facteurs aggravants qui justifient une peine plus longue applicable aux adultes, a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve. [78]

Obliger l'adolescent à démontrer pourquoi il a toujours droit à la protection d'une interdiction de publication viole également l'art. 7 de la *Charte*. La levée d'une interdiction de publication rend l'adolescent vulnérable à un stress psychologique et social plus grand. Étant donné que l'interdiction de publication fait partie de la peine infligée à un adolescent (par. 75(4) *LSJPA*), sa levée accroît la sévérité de la peine. En conséquence, comme c'est le cas lorsqu'une peine applicable aux adultes est infligée, il devrait incomber au ministère public de justifier la sévérité accrue, plutôt qu'à l'adolescent de justifier le maintien de la protection à laquelle il est, par ailleurs, présumé avoir droit. [83] [87]

Les exigences relatives au fardeau de la preuve ne satisfont pas aux volets du lien rationnel et de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Il peut être tout aussi facile de réaliser les objectifs de

administration of justice can as easily be met by placing the onus on the Crown, where it belongs. Placing the onus on young persons is inconsistent with the presumption of diminished moral culpability, a principle of fundamental justice which requires the Crown to justify the loss both of a youth sentence and of a publication ban. The impugned provisions are therefore inconsistent with s. 7 of the *Charter* and are not saved by s. 1. To the extent that they impose this reverse onus, they are unconstitutional. [91-92] [94-95]

The youth sentence imposed by the trial judge should not be set aside. [96]

*Per* Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. (dissenting in part): The presumptive offence sentencing provisions in the *YCJA* do not violate s. 7 of the *Charter*. While the possibility of an adult sentence engages a young person's s. 7 right to liberty, the liberty deprivation is in accordance with the two principles of fundamental justice applicable in this case: (1) the reduced moral blameworthiness of young persons and (2) the Crown's burden of proving aggravating sentencing factors beyond a reasonable doubt. Fundamental justice, however, does not require that there always be a presumption of youth sentences for young persons. There is no societal consensus that such a presumption is a vital component of our notion of justice. [103] [122] [129-131] [141]

With respect to the provisions relating to the presumption of publication, they do not engage a young person's s. 7 right to liberty because a publication ban is not part of the sentence. The *YCJA* deems the order for a publication ban to be part of the sentence for appeal purposes only. The deeming provisions simply create an express right of appeal of publication ban orders, which would otherwise not exist. Furthermore, the interests sought to be protected in this case do not fall within the liberty interest protected by s. 7 because the presumption of publication does not cause physical restraint on young persons or prevent them from making fundamental personal choices. Moreover, the publication provisions do not engage the young person's s. 7 right to security of the person. Here, there is no state action: the stigma and labelling that may result from release of the young offender's identity are a product of media

responsabilité, de protection du public et de confiance du public dans l'administration de la justice visés par le législateur en attribuant — comme il se doit — ce fardeau au ministère public. L'imposition de ce fardeau aux adolescents n'est pas conforme à la présomption de culpabilité morale moins élevée, un principe de justice fondamentale qui oblige le ministère public à justifier la perte tant de l'assujettissement à une peine spécifique que du bénéfice d'une interdiction de publication. Les dispositions contestées sont donc incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte* et ne sont pas justifiées au regard de l'article premier. Dans la mesure où elles portent ainsi inversion du fardeau de la preuve, elles sont inconstitutionnelles. [91-92] [94-95]

Il n'y a pas lieu d'annuler la peine spécifique infligée par le juge de première instance. [96]

*Les juges* Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein (dissidents en partie) : Les dispositions de la *LSJPA* relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la possibilité d'infliger une peine applicable aux adultes mette en cause le droit à la liberté que l'art. 7 garantit à un adolescent, l'atteinte à la liberté est conforme aux deux principes de justice fondamentale qui s'appliquent en l'espèce : (1) la culpabilité morale moins élevée des adolescents et (2) le fardeau qui, en matière de détermination de la peine, incombe au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence de facteurs aggravants. Cependant, la justice fondamentale n'exige pas qu'il y ait, dans tous les cas, une présomption d'assujettissement des adolescents à une peine spécifique. Il n'y a pas de consensus dans la société sur le fait que cette présomption est un élément essentiel de notre conception de la justice. [103] [122] [129-131] [141]

Quant aux dispositions relatives à la présomption de publication, elles ne mettent pas en jeu le droit à la liberté que l'art. 7 garantit à l'adolescent parce que l'interdiction de publication ne fait pas partie de la peine infligée à ce dernier. La *LSJPA* considère que l'ordonnance de non-publication fait partie de la peine aux fins d'appel seulement. Les dispositions créant une présomption ne font que conférer, à l'égard des ordonnances de non-publication, un droit d'appel explicite qui n'existerait pas par ailleurs. En outre, les droits qu'on cherche à protéger en l'espèce ne sont pas visés par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 parce que la présomption de publication n'impose aucune contrainte physique aux adolescents et ne les empêche pas non plus de faire les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. De surcroît, les dispositions relatives à la publication ne mettent pas en jeu le droit à la sécurité de la personne

coverage and society's reaction to young offenders and to the crimes they commit. In any event, the publication provisions of the *YCJA* are consistent with the principles of fundamental justice applicable in this case. [171-173] [178] [190]

When examining the contours of a principle of fundamental justice, individual and societal interests within s. 7 must be taken into account. In enacting the presumptive offence scheme, it was entirely appropriate for Parliament to consider the competing interests, on the one hand, of young persons to have their reduced moral blameworthiness taken into account and, on the other, of society to be protected from violent young offenders and to have confidence that the youth justice system ensures the accountability of violent young offenders. This balancing was a legitimate exercise of Parliament's authority to determine how best to penalize particular criminal activity, a power this Court has recognized as broad and discretionary. The *YCJA* presumption of adult sentences and publication for serious violent offences is in accordance with principles of fundamental justice because it in no way precludes a youth sentence or a publication ban where considered appropriate by the youth criminal justice court. Further, to focus solely on the presumption of adult sentences and publication ignores the entire presumptive sentencing and publication scheme which provides extensive protections for young persons who have committed serious violent offences and recognizes the presumption of reduced moral blameworthiness, properly defined. The presumptive offence scheme significantly recognizes the age, reduced maturity and increased vulnerability of young persons. [107-108] [143] [146] [148]

The publication and sentencing provisions do not create a reverse onus which contravenes the principle of fundamental justice that the Crown bears the burden of proving aggravating sentencing circumstances. First, the potential publication is neither state imposed nor part of the young person's sentence. Second, the impugned provisions in no way relieve the Crown of its burden of proving all aggravating facts on sentencing. In effect, the presumptive sentencing regime simply provides for

que l'art. 7 garantit à l'adolescent. En l'espèce, il n'y a aucun acte de l'État : la stigmatisation et l'étiquetage susceptibles de résulter de la publication de l'identité du jeune contrevenant sont le fruit de la couverture médiatique et de la réaction de la société aux jeunes contrevenants et aux crimes qu'ils commettent. De toute façon, les dispositions de la *LSJPA* qui régissent la publication sont conformes aux principes de justice fondamentale qui s'appliquent en l'espèce. [171-173] [178] [190]

Pour définir la portée d'un principe de justice fondamentale, il faut tenir compte des intérêts sociétaux et des droits individuels dans l'analyse fondée sur l'art. 7. Lorsqu'il a établi le régime d'infractions désignées, il était tout à fait indiqué que le législateur tienne compte des intérêts qui s'opposent, soit, d'une part, l'intérêt des adolescents à ce que leur culpabilité morale moins élevée soit prise en considération et, d'autre part, l'intérêt de la société à être protégée contre les jeunes contrevenants violents et à être assurée que le système de justice pour les adolescents garantit que les jeunes contrevenants violents répondent de leurs actes. Cette évaluation constituait un exercice légitime du pouvoir du législateur de déterminer la meilleure façon de punir certains crimes, un pouvoir que notre Cour a reconnu comme étant étendu et discrétionnaire. La présomption de publication et d'assujettissement à une peine applicable aux adultes que la *LSJPA* applique aux infractions graves avec violence est compatible avec les principes de justice fondamentale parce qu'elle ne fait aucunement obstacle à l'infliction d'une peine spécifique ou à une interdiction de publication dans le cas où le tribunal pour adolescents juge cette mesure indiquée. De plus, en mettant l'accent uniquement sur la présomption de publication et d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, on ne tient pas compte de l'ensemble du régime de publication et de peines applicables aux infractions désignées, qui offre d'importantes protections aux adolescents ayant commis des infractions graves avec violence et qui reconnaît la présomption de culpabilité morale moins élevée, au sens qu'il convient de lui donner. Le régime d'infractions désignées reconnaît de façon significative l'âge, la moins grande maturité et la plus grande vulnérabilité des adolescents. [107-108] [143] [146] [148]

Les dispositions relatives à la publication et à la détermination de la peine ne créent pas une inversion du fardeau de la preuve qui viole le principe de justice fondamentale voulant qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de circonstances aggravantes. Premièrement, la publication éventuelle n'est pas imposée par l'État et ne fait pas partie non plus de la peine infligée à l'adolescent. Deuxièmement, les dispositions contestées ne

a higher range of sentences for young persons convicted of the most serious violent offences. Even so, Parliament has provided young persons with the opportunity to satisfy the youth justice court that the presumptive higher range of sentence or the presumptive publication should not apply. Providing this opportunity to young persons, especially when the sentencing judge is required to prompt the young persons to take advantage of the opportunity, represents Parliament's approach to balance the status of young persons with the need to protect society from the perpetrators of the most serious violent crimes. It does not place a "persuasive burden" on young persons that eliminates the Crown's burden of establishing aggravating sentencing factors. [109]

The youth sentence imposed on B was reasonable and does not warrant interference. [192]

#### Cases Cited

By Abella J.

**Approved:** *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)* (2003), 175 C.C.C. (3d) 321; **disapproved:** *R. v. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60; **referred to:** *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

By Rothstein J. (dissenting in part)

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9; *R. v. B. (S.R.)* (2008), 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48; *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *R. v. Pearson*,

dégagent aucunement le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de tous les faits aggravants. En effet, le régime de peines applicables aux infractions désignées ne fait que prescrire une gamme de peines plus sévères pour les adolescents reconnus coupables des infractions avec violence les plus graves. Pourtant, le législateur a donné aux adolescents la possibilité de convaincre le tribunal pour adolescents qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la présomption de publication ou d'assuettissement à des peines plus sévères. Cette possibilité qui est donnée aux adolescents — particulièrement lorsque le juge chargé de déterminer la peine est tenu de les inciter à s'en prévaloir — représente l'approche du législateur pour ce qui est d'établir un équilibre entre la situation des adolescents et la nécessité de protéger la société contre les auteurs des crimes avec violence les plus graves. Elle n'impose pas aux adolescents un « fardeau de persuasion » qui dégage le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de facteurs aggravants. [109]

La peine spécifique infligée à B était raisonnable et ne justifie aucune intervention. [192]

#### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt approuvé :** *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118; **arrêt critiqué :** *R. c. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60; **arrêts mentionnés :** *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Citée par le juge Rothstein (dissident en partie)

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9; *R. c. B. (S.R.)* (2008), 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *R. c.*



[1992] 3 S.C.R. 665; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)* (2003), 175 C.C.C. (3d) 321; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act to amend the Young Offenders Act and the Criminal Code*, S.C. 1992, c. 11.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.1, 718.2(a), 724, 745(a), (c), 745.1, 745.3, 745.5.  
*Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 3(2).  
*Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40, ss. 7, 31.  
*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46, s. 3(2).  
*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 2(1) "adult sentence", "presumptive offence", "serious violent offence", "young person", 3, 4(c), 10, 14(1), 26, 32(1)(d), 34(1), (2)(b), 37(4), 38, 39, 40(2), 42(7), 62, 63, 64(1), (5), 65, 70 to 73, 75, 76(2), (9), 110(1), (2), 113(2), 146(2), (4).  
*Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, ss. 3(1), 16.  
*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

### Treaties and International Documents

United Nations. *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 40(1).  
 United Nations. General Assembly. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33, November 29, 1985, Annex, Rule 8.

### Authors Cited

Anand, Sanjeev S. "Catalyst for Change: The History of Canadian Juvenile Justice Reform" (1999), 24 *Queen's L.J.* 515.  
 Bala, Nicholas. "Dealing with Violent Young Offenders: Transfer to Adult Court and Bill C-58" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 11.  
 Bala, Nicholas. "The 1995 *Young Offenders Act* Amendments: Compromise or Confusion?" (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 643.

*Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.1, 718.2(a), 724, 745(a), (c), 745.1, 745.3, 745.5.  
*Loi des jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 3(2).  
*Loi des jeunes délinquants, 190[8]*, S.C. 1908, ch. 40, art. 7, 31.  
*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, ch. 46, art. 3(2).  
*Loi modifiant la Loi sur les jeunes contrevenants et le Code criminel*, L.C. 1992, ch. 11.  
*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, préambule, art. 2(1) « adolescent », « infraction désignée », « infraction grave avec violence », « peine applicable aux adultes », 3, 4(c), 10, 14(1), 26, 32(1)(d), 34(1), (2)(b), 37(4), 38, 39, 40(2), 42(7), 62, 63, 64(1), (5), 65, 70 à 73, 75, 76(2), (9), 110(1), (2), 113(2), 146(2), (4).  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 3(1), 16.  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110.

### Traités et documents internationaux

Nations Unies. Assemblée générale. *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, A/RES/40/33, 29 novembre 1985, annexe, règle 8.  
 Nations Unies. *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 40(1).

### Doctrine citée

Anand, Sanjeev S. « Catalyst for Change : The History of Canadian Juvenile Justice Reform » (1999), 24 *Queen's L.J.* 515.  
 Bala, Nicholas. « Dealing with Violent Young Offenders : Transfer to Adult Court and Bill C-58 » (1990), 9 *Rev. Can. D. Fam.* 11.  
 Bala, Nicholas. « The 1995 *Young Offenders Act* Amendments : Compromise or Confusion? » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 643.

- Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
- Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. "The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts". In Ruth M. Mann, ed., *Juvenile Crime and Delinquency: A Turn of the Century Reader*. Toronto: Canadian Scholars' Press, 2000, 45.
- Canada. Department of Justice. *A Strategy for the Renewal of Youth Justice*. Ottawa: The Department, 1998.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 25, 2nd Sess., 37th Parl., May 12, 2003, pp. 6086-87.
- Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. *Responding to Youth Crime in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2004.
- Doob, Anthony N., and Michael Tonry. "Varieties of Youth Justice". In *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press, 2004, 1.
- Doob, Anthony N., Voula Marinos, and Kimberly N. Varma. *Youth Crime and the Youth Justice System in Canada: A Research Perspective*. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1995.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Renaud, Gilles. *Speaking to Sentence: A Practical Guide*. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.
- Sprott, Jane B. "Understanding Public Opposition to a Separate Youth Justice System" (1998), 44 *Crime & Delinquency* 399.
- Sprott, Jane B. "Understanding public views of youth crime and the youth justice system" (1996), 38 *Can. J. Crim.* 271.
- Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
- Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. « The Statute : Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts ». In Ruth M. Mann, ed., *Juvenile Crime and Delinquency : A Turn of the Century Reader*. Toronto : Canadian Scholars' Press, 2000, 45.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 25, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 12 mai 2003, p. 6086-6087.
- Canada. Ministère de la Justice. *Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes*. Ottawa : Le Ministère, 1998.
- Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. *Responding to Youth Crime in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 2004.
- Doob, Anthony N., and Michael Tonry. « Varieties of Youth Justice ». In *Youth Crime and Youth Justice : Comparative and Cross-National Perspectives*. Chicago : University of Chicago Press, 2004, 1.
- Doob, Anthony N., Voula Marinos, et Kimberly N. Varma. *La criminalité chez les jeunes et le système de justice pour la jeunesse au Canada : Le point de vue de la recherche*. Toronto : Centre de criminologie, Université de Toronto, 1995.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Renaud, Gilles. *Speaking to Sentence : A Practical Guide*. Toronto : Thomson/Carswell, 2004.
- Sprott, Jane B. « Understanding Public Opposition to a Separate Youth Justice System » (1998), 44 *Crime & Delinquency* 399.
- Sprott, Jane B. « Understanding public views of youth crime and the youth justice system » (1996), 38 *Rev. can. crim.* 271.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Armstrong and Blair JJ.A.) (2006), 79 O.R. (3d) 698, 208 O.A.C. 225, 206 C.C.C. (3d) 289, 37 C.R. (6th) 265, 140 C.R.R. (2d) 168, [2006] O.J. No. 1112 (QL), 2006 CarswellOnt 1719, upholding a decision of Lofchik J. (2004), 72 O.R. (3d) 605, 190 C.C.C. (3d) 383, 123 C.R.R. (2d) 182, [2004] O.J. No. 3823 (QL), 2004 CarswellOnt 3747. Appeal dismissed, Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting in part.

*Alexander Alvaro and Deborah Krick*, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Armstrong et Blair) (2006), 79 O.R. (3d) 698, 208 O.A.C. 225, 206 C.C.C. (3d) 289, 37 C.R. (6th) 265, 140 C.R.R. (2d) 168, [2006] O.J. No. 1112 (QL), 2006 CarswellOnt 1719, qui a confirmé une décision du juge Lofchik (2004), 72 O.R. (3d) 605, 190 C.C.C. (3d) 383, 123 C.R.R. (2d) 182, [2004] O.J. No. 3823 (QL), 2004 CarswellOnt 3747. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents en partie.

*Alexander Alvaro et Deborah Krick*, pour l'appelante.

*Dean D. Paquette and Paola Konge*, for the respondent.

*Janet Henchey*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jean-Yves Bernard and Isabelle Fortin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Peter P. Rosinski*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Diana M. Cameron*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Joyce DeWitt-Van Oosten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Cheryl Milne and Lee Ann Chapman*, for the intervener the Justice for Children and Youth.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Young people who commit crimes have historically been treated separately and distinctly from adults. This does not mean that young people are not accountable for the offences they commit. They are decidedly but differently accountable.

[2] The *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), creates a category of serious offences known as “presumptive offences”. Presumptive offences are murder, attempted murder, manslaughter, and aggravated sexual assault. A third “serious violent offence”, defined as “an offence in the commission of which a young person causes or attempts to cause serious bodily harm”, is also designated as a presumptive offence.

[3] A youth court judge must impose an adult sentence in the case of these presumptive offences unless the young person can demonstrate that a youth sentence has “sufficient length” to hold him or her accountable. The legislation thus puts the

*Dean D. Paquette et Paola Konge*, pour l’intimé.

*Janet Henchey*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Jean-Yves Bernard et Isabelle Fortin*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Peter P. Rosinski*, pour l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Diana M. Cameron*, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

*Joyce DeWitt-Van Oosten*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Cheryl Milne et Lee Ann Chapman*, pour l’intervenante Justice for Children and Youth.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish et Abella rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le traitement des adolescents qui commettent des crimes est historiquement séparé et distinct de celui des adultes. Cela ne signifie pas que les adolescents ne sont pas responsables des infractions qu’ils commettent. Leur responsabilité est décidément engagée, mais de façon différente.

[2] La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« LSJPA »), crée une catégorie d’infractions graves connues sous le nom d’« infractions désignées ». Les infractions désignées sont le meurtre, la tentative de meurtre, l’homicide involontaire coupable et l’agression sexuelle grave. Une troisième « infraction grave avec violence », définie comme étant « [t]oute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles graves ou tente d’en causer », est aussi considérée comme une infraction désignée.

[3] Le juge du tribunal pour adolescents est tenu d’infliger pour ces infractions désignées une peine applicable aux adultes à moins que l’adolescent puisse démontrer qu’une peine spécifique est « d’une durée suffisante » pour le tenir responsable.

onus on the young person to justify why an adult sentence should *not* be imposed, rather than on the Crown to show why the youth has lost his or her entitlement to a youth sentence.

[4] The issue in this case, therefore, is whether this burden on the young person violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, in particular, the young person's right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice.

[5] The question is not whether young people who commit more serious crimes can attract more serious penalties. They can. In some cases, it may even be that they should receive the same sentence as an adult. What is before us, however, is whether young people who commit presumptive offences should *automatically* be presumed to attract an adult sentence, or whether, as previously, they continue to be subject to the youth justice sentencing provisions unless the Crown can demonstrate that the combination of the circumstances of the crime and of the offender warrant the imposition of an adult sentence.

[6] For the reasons that follow, I conclude that there is a breach of s. 7 and that the breach is not saved by s. 1 of the *Charter*.

## BACKGROUND

[7] On December 13, 2003, D.B. went to the local mall with friends. A fight ensued with 18-year-old Jonathan Romero, in the course of which D.B. knocked Romero to the ground and punched him. Romero lost consciousness. D.B. fled.

[8] An ambulance was called. By the time the paramedics saw him, Romero had no vital signs and was immediately taken to the hospital.

La Loi impose donc à l'adolescent l'obligation de démontrer pourquoi il *n'y a pas* lieu d'infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'imposer au ministère public l'obligation de démontrer pourquoi l'adolescent a perdu son droit à une peine spécifique.

[4] Par conséquent, la question en l'espèce est de savoir si l'imposition de ce fardeau à l'adolescent viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, porte atteinte au droit de ce dernier de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[5] La question n'est pas de savoir si les adolescents qui commettent des crimes plus graves peuvent se voir infliger des peines plus sévères. Ils le peuvent. Dans certains cas, il peut même y avoir lieu de leur infliger la même peine qu'à un adulte. Cependant, la question dont nous sommes saisis est de savoir si on devrait présumer *automatiquement* qu'un adolescent qui commet une infraction désignée doit être assujéti à une peine applicable aux adultes, ou si, comme cela était le cas auparavant, il continue d'être assujéti aux dispositions relatives à la détermination de la peine pour les adolescents, à moins que le ministère public puisse démontrer que l'effet combiné des circonstances du crime et de la situation du contrevenant justifie une peine applicable aux adultes.

[6] Pour les raisons qui suivent, je conclus qu'il y a violation de l'art. 7 et que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

## CONTEXTE

[7] Le 13 décembre 2003, D.B. s'est rendu au centre commercial local avec des amis. Une bagarre a éclaté au cours de laquelle D.B. a jeté Jonathan Romero — alors âgé de 18 ans — au sol et lui a asséné des coups de poing. Monsieur Romero a perdu connaissance. D.B. s'est enfui.

[8] Une ambulance a été appelée. À l'arrivée des ambulanciers, M. Romero n'avait plus de signes vitaux et il a été transporté immédiatement à l'hôpital.

[9] Later that night, D.B. received a call informing him that Romero had died from his injuries. He was arrested the following morning at a friend's house.

[10] D.B. pleaded guilty to manslaughter in July 2004. As a 17-year-old, he was sentenced under the *YCJA*.

#### *Prior Proceedings*

[11] The offence to which D.B. pleaded guilty, manslaughter, is a presumptive offence. D.B. applied for a youth sentence rather than the adult sentence presumptively imposed by the *YCJA*. The Crown opposed his application, seeking to have him sentenced as an adult and recommending a sentence of five years' imprisonment. The maximum youth sentence allowable for this offence under the *YCJA* is three years.

[12] D.B. then challenged the constitutionality of the provisions of the *YCJA* which place the onus on a young person to prove that a youth sentence, not an adult one, should be imposed. He also challenged the constitutionality of the provision that requires the young person to justify the continuance of a ban protecting him from publicity.

[13] The trial judge, Lofchik J., allowed the *Charter* challenge ((2004), 72 O.R. (3d) 605 (S.C.J.)). In so doing, he relied primarily on the decision of a five-judge panel of the Quebec Court of Appeal in a reference brought by the Quebec government (*Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)* (2003), 175 C.C.C. (3d) 321 ("*Quebec Reference*")).

[14] In separate unreported reasons for sentence, the trial judge concluded that a youth sentence involving intensive rehabilitation custody would be appropriate for D.B., explaining to him:

[9] Plus tard le même soir, D.B. a reçu un appel l'informant que M. Romero était décédé des suites de ses blessures. Le lendemain matin, il a été arrêté chez un ami.

[10] En juillet 2004, D.B. a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. Étant donné qu'il était âgé de 17 ans, il s'est vu infliger une peine sous le régime de la *LSJPA*.

#### *Les procédures antérieures*

[11] L'infraction à l'égard de laquelle D.B. a plaidé coupable, à savoir l'homicide involontaire coupable, est une infraction désignée. D.B. a sollicité une peine spécifique au lieu de la peine applicable aux adultes présumée être requise par la *LSJPA*. Le ministère public s'est opposé à sa demande, a sollicité son assujettissement à une peine applicable aux adultes et a recommandé qu'il soit condamné à cinq ans d'emprisonnement. La *LSJPA* permet d'infliger pour cette infraction une peine spécifique maximale de trois ans.

[12] D.B. a ensuite contesté la constitutionnalité des dispositions de la *LSJPA* qui obligent l'adolescent à démontrer qu'il y a lieu d'infliger une peine spécifique et non une peine applicable aux adultes. Il a aussi contesté la constitutionnalité de la disposition qui oblige l'adolescent à justifier le maintien d'une interdiction de publication le concernant.

[13] Le juge Lofchik, siégeant en première instance, a fait droit à la contestation fondée sur la *Charte* ((2004), 72 O.R. (3d) 605 (C.S.J.)). Ce faisant, il s'est principalement appuyé sur la décision qu'une formation de cinq juges de la Cour d'appel du Québec a rendue au sujet d'un renvoi présenté par le gouvernement du Québec (*Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118 (« *Renvoi québécois* »)).

[14] Dans des motifs séparés non publiés justifiant la peine, le juge de première instance a conclu qu'il serait approprié d'assujettir D.B. à une peine spécifique comportant une mesure de placement dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation, expliquant à D.B. :

You are to be the subject of an intensive rehabilitative custody and supervision order for a period of three years, and committed into a continuous period of intensive rehabilitative custody for a period of thirty months and serve the remainder of the sentence under conditional supervision in the community in accordance with s. 105 of the *Youth Criminal Justice Act*.

In my view the maximum period of a youth sentence is necessary to achieve the desired ends of the rehabilitation programme, and for that reason I have not given credit for the one year period of pre-trial custody.

The Crown appealed.

[15] The Ontario Court of Appeal dismissed the Crown's appeal ((2006), 79 O.R. (3d) 698). Goudge J.A., writing for a unanimous court (Armstrong and Blair J.J.A.), concluded that the onus provision in the *YCJA* placed a considerable burden on the young person. The burden was not only one of persuasion, but an evidentiary one to support the factors referred to in the *YCJA*, including maturity and other facts which may not otherwise be in the record.

[16] He identified two principles of fundamental justice that were breached by what he described as the reverse onus provisions: (1) that "young offenders should be dealt with separately and not as adults in recognition of their reduced maturity" (para. 55) and (2) that "in sentencing, the Crown must assume the burden of demonstrating beyond a reasonable doubt that there are aggravating circumstances in the commission of the offence that warrant a more severe penalty" (para. 63).

[17] Because the *YCJA* requires the young person to prove the factual matters in order to justify a lesser sentence, the principle that it is the Crown who must justify a harsher penalty was held by Goudge J.A. to be violated.

[TRADUCTION] Vous serez assujéti à une ordonnance de placement et de surveillance dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation pendant trois années, dont les trente premiers mois seront purgés sous garde de façon continue dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation, et les autres mois, en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l'art. 105 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

J'estime que la peine spécifique maximale est nécessaire à la réalisation des objectifs souhaités du programme de réadaptation, et c'est pourquoi je n'ai pas accordé de réduction de peine afin de tenir compte de l'année passée en détention avant le procès.

Le ministère public a interjeté appel.

[15] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel du ministère public ((2006), 79 O.R. (3d) 698). Le juge Goudge, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité (les juges Armstrong et Blair), a conclu que la disposition relative au fardeau de la preuve, contenue dans la *LSJPA*, imposait un fardeau considérable à l'adolescent. Ce fardeau était non seulement un fardeau de persuasion, mais encore un fardeau de preuve éayant l'existence des éléments mentionnés dans la *LSJPA*, dont la maturité et d'autres faits qui ne figurent pas nécessairement au dossier.

[16] Il a relevé deux principes de justice fondamentale qui étaient violés par ce qu'il a décrit comme étant les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve : (1) [TRADUCTION] « le traitement des adolescents doit être distinct de celui des adultes de manière à tenir compte de leur moins grande maturité » (par. 55), et (2) « lors de la détermination de la peine, le ministère public doit démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il existe des circonstances aggravantes entourant la perpétration de l'infraction qui justifient l'infliction d'une peine plus sévère » (par. 63).

[17] Étant donné que la *LSJPA* exige que, pour justifier une peine *moins sévère*, l'adolescent fasse la preuve des éléments factuels, le juge Goudge a conclu qu'il y avait violation du principe selon lequel il incombe au ministère public de justifier l'infliction d'une peine plus sévère.

[18] Goudge J.A. also held that the publication ban provisions contravene s. 7 of the *Charter*. Since publishing a young person's identity adds to the harshness of his punishment, the Crown should similarly bear the burden of proving that it is appropriate for the young person to be deprived of the ban.

[19] The court did not accept the Crown's submission that these violations of s. 7 could be saved by s. 1 of the *Charter*, concluding that placing the onus on the Crown to demonstrate the need for an adult sentence and for the lifting of a publication ban, would serve the same objectives without impairing the young person's rights.

## ANALYSIS

[20] The constitutionality of two sets of provisions of the *YCJA* are at issue, both of which D.B. asserts violate s. 7 of the *Charter*, which states:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[21] Both sets of provisions affect a young person who has been found guilty of a presumptive offence. A "presumptive offence" is defined as follows in s. 2(1):

(a) an offence committed, or alleged to have been committed, by a young person who has attained the age of fourteen years, or, in a province where the lieutenant governor in council has fixed an age greater than fourteen years under section 61, the age so fixed, under one of the following provisions of the *Criminal Code*:

- (i) section 231 or 235 (first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231),
- (ii) section 239 (attempt to commit murder),
- (iii) section 232, 234 or 236 (manslaughter), or
- (iv) section 273 (aggravated sexual assault) . . .

[18] Le juge Goudge a également conclu que les dispositions relatives à l'interdiction de publication contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Étant donné que la publication de l'identité d'un adolescent accentue la sévérité de sa peine, il devrait, de la même manière, incomber au ministère public de prouver qu'il convient que l'adolescent ne bénéficie pas de cette interdiction.

[19] La cour n'a pas retenu l'argument du ministère public selon lequel ces violations de l'art. 7 pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*, et elle a conclu qu'obliger le ministère public à démontrer la nécessité d'infliger une peine applicable aux adultes et de lever une interdiction de publication permettrait d'atteindre les mêmes objectifs sans porter atteinte aux droits de l'adolescent.

## ANALYSE

[20] Est en cause la constitutionnalité de deux séries de dispositions de la *LSJPA*, qui, selon D.B., contreviennent toutes les deux à l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[21] Les deux séries de dispositions touchent l'adolescent reconnu coupable d'une infraction désignée. L'« infraction désignée » est ainsi définie au par. 2(1) :

a) Toute infraction visée à l'une des dispositions du *Code criminel* énumérées ci-après et commise ou alléguée avoir été commise par un adolescent après qu'il a atteint l'âge de quatorze ans ou, dans le cas où le lieutenant-gouverneur en conseil de la province a fixé un âge de plus de quatorze ans en vertu de l'article 61, l'âge ainsi fixé :

- (i) les articles 231 ou 235 (meurtre au premier ou au deuxième degré),
- (ii) l'article 239 (tentative de meurtre),
- (iii) les articles 232, 234 ou 236 (homicide involontaire coupable),
- (iv) l'article 273 (agression sexuelle grave);

(b) a serious violent offence for which an adult is liable to imprisonment for a term of more than two years committed, or alleged to have been committed, by a young person after the coming into force of section 62 (adult sentence) and after the young person has attained the age of fourteen years, or, in a province where the lieutenant governor in council has fixed an age greater than fourteen years under section 61, the age so fixed, if at the time of the commission or alleged commission of the offence at least two judicial determinations have been made under subsection 42(9), at different proceedings, that the young person has committed a serious violent offence.

[22] The first group of impugned provisions requires a young person convicted of a presumptive offence to justify the imposition of a youth sentence rather than an adult one. They are ss. 62, 63, 64(1) and (5), 70, 72(1) and (2), and 73(1), and are appended to these reasons.

[23] The second set of provisions being challenged, the “privacy provisions”, deals with the loss of the privacy protection of a publication ban when a young person is convicted of a presumptive offence. They are ss. 75 and 110(2), also appended to these reasons.

[24] The “onus provisions” affect the length and type of sentence that young persons receive. The “privacy provisions” determine whether or not their identity will be disclosed. The basis of the constitutional challenge before this Court is that both sets of provisions impose a “reverse onus” since the burden is on the young person to persuade the court that he or she should not lose the benefit of the youth sentencing provisions, rather than on the Crown to attempt to prove that an adult sentence is justified.

[25] The onus provisions operate as follows. Section 62 of the *YCJA* provides that young persons, 14 or older, who are convicted of a presumptive offence — such as manslaughter in this case —

b) toute infraction grave avec violence pour laquelle un adulte serait passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans commise ou alléguée avoir été commise par un adolescent après l'entrée en vigueur de l'article 62 (peine applicable aux adultes) et après qu'il a atteint l'âge de quatorze ans ou, dans le cas où le lieutenant-gouverneur en conseil de la province a fixé un âge de plus de quatorze ans en vertu de l'article 61, l'âge ainsi fixé, dans le cas où il a déjà été décidé en vertu du paragraphe 42(9), à au moins deux reprises et lors de poursuites distinctes, que celui-ci a commis une infraction grave avec violence.

[22] La première série de dispositions contestées oblige l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il devrait être assujéti à une peine spécifique plutôt qu'à une peine applicable aux adultes. Ce sont les art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2) et 73(1), qui sont reproduits en annexe.

[23] La deuxième série de dispositions qui sont contestées, à savoir les « dispositions en matière de vie privée », traitent de la perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication, que subit un adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée. Ce sont l'art. 75 et le par. 110(2), qui sont aussi reproduits en annexe.

[24] Les « dispositions relatives au fardeau de la preuve » ont une incidence sur le type de peine infligée aux adolescents et sur la durée de cette peine. Les « dispositions en matière de vie privée » servent à déterminer si l'identité de l'adolescent sera divulguée. La contestation de constitutionnalité en l'espèce repose sur le fait que ces deux séries de dispositions portent « inversion du fardeau de la preuve », étant donné qu'il incombe à l'adolescent de convaincre le tribunal qu'il ne doit pas cesser de bénéficier des dispositions en matière de peines spécifiques, au lieu d'incomber au ministère public de tenter de prouver qu'une peine applicable aux adultes est justifiée.

[25] Voici comment fonctionnent les dispositions relatives au fardeau de la preuve. L'article 62 *LSJPA* prévoit que la peine applicable aux adultes « est » infligée aux adolescents de 14 ans et plus qui



“shall” be sentenced as adults. The language is mandatory.

[26] Section 2(1) provides that an “adult sentence” means “any sentence that could be imposed on an adult who has been convicted of the same offence”.

[27] A young person may, however, under s. 63(1) of the *YCJA*, “make an application for an order that he or she is not liable to an adult sentence”. The court is then required to consider the factors set out in s. 72(1), namely: “the seriousness and circumstances of the offence, and the age, maturity, character, background and previous record of the young person and any other factors that the court considers relevant”. The onus of satisfying the court about these matters is on the young person (s. 72(2)). Consequently, if the young person is unable to persuade the court that a youth sentence would have “sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour”, an adult sentence “shall” be imposed (s. 72(1)(b)). The default position, in other words, is an adult sentence.

[28] The “privacy provisions” of the *YCJA*, ss. 110 and 75, deal with a “ban on publication”, which restricts the information about a young person that can be made publicly available. A publication ban is considered to be part of the sentence (s. 75(4)).

[29] Section 110(1) provides that “no person shall publish the name of a young person, or any other information related to a young person, if it would identify the young person as a young person dealt with under this Act”. Under s. 110(2), this protection does not apply if a young person has received an adult sentence. If an adult sentence has been imposed, the young person cannot apply for a publication ban.

sont déclarés coupables d’une infraction désignée — comme l’homicide involontaire coupable dont il est question en l’espèce. Ce libellé est impératif.

[26] Le paragraphe 2(1) précise qu’une « peine applicable aux adultes » s’entend de « toute peine dont est passible l’adulte déclaré coupable de la même infraction ».

[27] Cependant, l’adolescent peut, aux termes du par. 63(1) de la *LSJPA*, « adresser au tribunal une demande de non-assujettissement à la peine applicable aux adultes ». Le tribunal doit alors tenir compte des éléments énoncés au par. 72(1), à savoir « de la gravité de l’infraction et des circonstances de sa perpétration et de l’âge, de la maturité, de la personnalité, des antécédents et des condamnations antérieures de l’adolescent et de tout autre élément qu’il estime pertinent ». Le fardeau de persuasion à leur égard incombe à l’adolescent qui présente une demande d’assujettissement à une peine spécifique (par. 72(2)). Par conséquent, si l’adolescent ne réussit pas à convaincre le tribunal qu’une sentence spécifique « est d’une durée suffisante pour tenir l’adolescent responsable de ses actes délictueux », on lui imposera la peine applicable aux adultes (al. 72(1)(b)). Autrement dit, la solution par défaut est la peine applicable aux adultes.

[28] Les articles 110 et 75, qui constituent les « dispositions en matière de vie privée » de la *LSJPA*, concernent l’« ordonnance de non-publication » (ou « interdiction de publication ») qui limite les renseignements relatifs à un adolescent qui peuvent être révélés au public. L’interdiction de publication est considérée comme faisant partie de la peine (par. 75(4)).

[29] Le paragraphe 110(1) prévoit qu’« il est interdit de publier le nom d’un adolescent ou tout autre renseignement de nature à révéler qu’il a fait l’objet de mesures prises sous le régime de la présente loi ». Aux termes du par. 110(2), cette protection ne s’applique pas à l’adolescent qui s’est vu infliger une peine applicable aux adultes. L’adolescent ne peut pas demander une ordonnance de non-publication s’il s’est vu infliger une peine applicable aux adultes.

[30] Under s. 75(1), if a young person has been convicted of a presumptive offence but has succeeded in persuading the court that a youth sentence is nonetheless appropriate, the sentence is not accompanied by the publication ban that normally attaches to a youth sentence. A further onus is on the young person to satisfy the court that, in addition to the youth sentence, a publication ban should also be imposed. Absent such an application by the young person, the default position is the loss of the ban.

[31] The constitutionality of these provisions has been examined by the British Columbia Court of Appeal and, as previously noted, the Quebec Court of Appeal.

[32] The Quebec Court of Appeal identified four fundamental principles of justice which it used to assess whether the onus provisions violate s. 7. These were:

[TRANSLATION] Young offenders must be dealt with separately from adults;

Rehabilitation, rather than suppression and dissuasion, must be at the heart of legislative and judicial intervention with young persons;

The justice system for minors must limit the disclosure of the minor's identity so as to prevent stigmatization that can limit rehabilitation;

It is imperative that the justice system for minors consider the best interests of the child.

(*Quebec Reference*, at para. 215)

[33] It concluded that the onus provisions represented [TRANSLATION] "an excessive burden, considering the vulnerability of the young persons on whom it rests and the purposes of the Act" (para. 249) and, accordingly, held that they violated s. 7 of the *Charter* and could not be saved under s. 1. The federal government did not appeal the judgment, indicating that it intended to amend the *YCJA* in a manner consistent with the court's conclusion (*House of Commons Debates*,

[30] Le paragraphe 75(1) précise que, dans le cas où un adolescent a été déclaré coupable d'une infraction désignée, mais où il a réussi à convaincre le tribunal qu'une peine spécifique est néanmoins indiquée, la peine infligée n'est pas assortie de l'interdiction de publication que comporte normalement une peine spécifique. Il incombe, en outre, à l'adolescent de convaincre le tribunal qu'en plus d'infliger la peine spécifique il y a également lieu d'interdire la publication. En l'absence d'une telle demande de la part de l'adolescent, la solution par défaut est la perte de l'interdiction de publication.

[31] La constitutionnalité de ces dispositions a été examinée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, comme nous l'avons vu, par la Cour d'appel du Québec.

[32] La Cour d'appel du Québec a dégagé quatre principes de justice fondamentale, qu'elle a utilisés pour déterminer si les dispositions relatives au fardeau de la preuve contreviennent à l'art. 7. Voici les principes en question :

Le traitement des jeunes contrevenants doit être distinct de celui des adultes;

La réadaptation, plutôt que la répression et la dissuasion, doit être au cœur de l'intervention législative et judiciaire auprès des adolescents;

Le régime de justice pour mineur doit limiter la divulgation de l'identité de ceux-ci afin d'empêcher une stigmatisation pouvant limiter la réhabilitation;

Le régime de justice pour mineur doit impérativement considérer l'intérêt supérieur de l'enfant.

(*Renvoi québécois*, par. 215)

[33] Elle a conclu que les dispositions relatives au fardeau de la preuve imposaient « un fardeau excessif lorsqu'on prend en compte la vulnérabilité des adolescents sur qui il repose, d'une part, et les objets de la loi, d'autre part » (par. 249), et elle a donc jugé qu'elles contrevenaient à l'art. 7 de la *Charte* et ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier. Le gouvernement fédéral n'a pas porté cette décision en appel, indiquant qu'il avait l'intention de modifier la *LSJPA* d'une manière

vol. 25, 2nd Sess., 37th Parl., May 12, 2003, at pp. 6086-87).

[34] The *Quebec Reference*, it should be noted, preceded two relevant decisions from this Court: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, which established a template for determining a principle of fundamental justice, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at paras. 10-11, stating that the “best interests of the child” is not such a principle.

[35] The British Columbia Court of Appeal in *R. v. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60, reached a contrary result, concluding that the onus under s. 72(2) did not impose “an excessive burden of proof on an applicant” (para. 59). Relying on *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, and *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, the court unanimously concluded that s. 7 protection is less robust at the post-trial (sentencing) phase. Because it remained possible for the young person to prove that an adult sentence was inappropriate in his or her case, there was no violation of s. 7 because the vulnerability of young persons was thereby accommodated.

[36] In my view, the conclusion of the appeal courts of Ontario and Quebec is correct, namely, that the onus on young persons to displace the presumption of an adult sentence for presumptive offences is a violation of s. 7.

#### *The Operative Principle of Fundamental Justice*

[37] The analysis under s. 7 proceeds in two stages: Is there a deprivation of life, liberty and/or security of the person? If so, does the deprivation accord with principles of fundamental justice? If there has been a deprivation that does not accord with principles of fundamental justice, a violation of s. 7 has occurred.

conforme à la conclusion de la cour (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 25, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 12 mai 2003, p. 6086-6087).

[34] On se rappellera que le *Renvoi québécois* a précédé deux arrêts pertinents de notre Cour : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, dans lequel la Cour a établi un cadre d'analyse permettant d'identifier un principe de justice fondamentale, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 10-11, où on précise que l'« intérêt supérieur de l'enfant » n'est pas un principe de justice fondamentale.

[35] Dans l'arrêt *R. c. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivée à la conclusion contraire, à savoir que le par. 72(2) n'imposait pas un [TRADUCTION] « fardeau de preuve excessif au demandeur » (par. 59). S'appuyant sur les arrêts *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, et *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, la cour a conclu, à l'unanimité, que la protection offerte par l'art. 7 est moins solide à l'étape de la détermination de la peine qui suit le procès. Il n'y avait pas de contravention à l'art. 7 parce que l'adolescent pouvait toujours démontrer qu'il ne convenait pas de lui infliger une peine applicable aux adultes, et que la vulnérabilité des adolescents était ainsi prise en compte.

[36] À mon avis, la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario et de celle du Québec est juste, à savoir que l'imposition aux adolescents du fardeau de réfuter la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes pour une infraction désignée viole l'art. 7.

#### *Le principe de justice fondamentale applicable*

[37] L'analyse relative à l'art. 7 comporte deux étapes. Il faut d'abord se demander s'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Si l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, il y a alors violation de l'art. 7.

[38] The Crown concedes that the onus provisions in the presumptive offences regime engage the liberty interest of the young person. Imprisonment and the threat of imprisonment constitute clear deprivations of liberty (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 500-501).

[39] This concession means that the inquiry in this case is into whether that deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. And that in turn requires a determination first of what principle of fundamental justice is at issue here.

[40] The Quebec and Ontario Courts of Appeal set out different but conceptually related views of the governing principle, both of them emphasizing that young persons should be dealt with separately from adults based on their reduced maturity. I agree that this is important, but do not see this as engaged in this case. As the *YCJA* confirms, there is in fact a separate legal system for young persons. Section 3(1)(b) confirms that “the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults”.

[41] What the onus provisions *do* engage, in my view, is what flows from *why* we have a separate legal and sentencing regime for young people, namely that because of their age, young people have heightened vulnerability, less maturity and a reduced capacity for moral judgment. This entitles them to a *presumption* of diminished moral blameworthiness or culpability. This presumption is the principle at issue here and it is a presumption that has resulted in the entire youth sentencing scheme, with its unique approach to punishment.

[42] There are, for example, numerous sentencing provisions in the *YCJA* designed to protect, presumptively, young persons from custody.

[38] Le ministère public reconnaît que les dispositions relatives au fardeau de la preuve, qui font partie du régime d’infractions désignées, mettent en jeu le droit à la liberté des adolescents. Il est clair que l’emprisonnement et la menace d’emprisonnement constituent des atteintes à la liberté (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 500-501).

[39] Cette reconnaissance signifie qu’en l’espèce la question est de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, et que pour répondre à cette question, il faut d’abord déterminer quel principe de justice fondamentale est en cause dans le présent pourvoi.

[40] La Cour d’appel du Québec et celle de l’Ontario énoncent des points de vue différents, mais néanmoins similaires sur le plan conceptuel, au sujet du principe applicable, en insistant toutes les deux sur le fait qu’en raison de leur moins grande maturité les adolescents doivent faire l’objet d’un traitement distinct de celui des adultes. Tout en reconnaissant que c’est important, je ne crois pas que ce soit en cause en l’espèce. Comme l’atteste la *LSJPA*, il *existe* effectivement un système de justice distinct pour les adolescents. L’alinéa 3(1)b) confirme que « le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes ».

[41] À mon avis, les dispositions relatives au fardeau de la preuve mettent *effectivement* en cause ce qui découle du *motif* pour lequel les adolescents sont assujettis à un système de justice et de détermination de la peine distinct, à savoir qu’en raison de leur âge les adolescents sont plus vulnérables, moins matures et moins aptes à exercer un jugement moral. Cela leur donne droit à une *présomption* de culpabilité morale moins élevée. Cette présomption est le principe en cause en l’espèce et est à l’origine de tout le régime de peines pour les adolescents, avec son approche unique en matière de sanction.

[42] Par exemple, la *LSJPA* comporte de nombreuses dispositions relatives à la détermination de la peine destinées, peut-on présumer, à soustraire

Confronted with a crime committed by a young person, police must consider whether alternatives, namely extra-judicial measures or extra-judicial sanctions, would be adequate before proceeding to court. Section 4(c) of the *YCJA* declares that extra-judicial measures are “presumed to be adequate to hold a young person accountable . . . if the young person has committed a non-violent offence and has not previously been found guilty of an offence”. Section 10 of the *YCJA* declares that extra-judicial sanctions “may be used . . . only if the young person cannot be adequately dealt with by a warning, caution or referral [extra-judicial measures] . . . because of the seriousness of the offence, the nature and number of previous offences committed by the young person or any other aggravating circumstances”.

[43] Sections 38 and 39 of the *YCJA* also restrict when custody is available. Before sentencing a young person to custody, the court must:

- believe that no reasonable alternative or combination of alternatives exists (s. 39(2));
- know that the previous use of a non-custodial sentence does not preclude another non-custodial sentence (s. 39(4));
- recognize that custody must not be a substitute for appropriate child protection, mental health or other social measures (s. 39(5));
- consider a pre-sentence report and any sentencing proposal made by the young person or the counsel present (s. 39(6));
- state reasons why a non-custodial sentence is inadequate (s. 39(9));
- require that the principles set out in s. 3 of the *YCJA* govern sentencing (s. 38(2));

les adolescents au placement sous garde. Devant une infraction criminelle commise par un adolescent, la police doit se demander si des solutions de rechange, à savoir des mesures ou des sanctions extrajudiciaires, seraient suffisantes avant de soumettre l'affaire au tribunal. Aux termes de l'al. 4c) *LSJPA*, « il est présumé que la prise de mesures extrajudiciaires suffit pour faire répondre les adolescents de leurs actes [. . .] dans le cas où ceux-ci ont commis des infractions sans violence et n'ont jamais été déclarés coupables d'une infraction auparavant ». L'article 10 *LSJPA* prévoit que le « recours à une sanction extrajudiciaire n'est possible que dans les cas où la nature et le nombre des infractions antérieures commises par l'adolescent, la gravité de celle qui lui est reprochée ou toute autre circonstance aggravante ne permettent pas le recours à l'avertissement, à la mise en garde ou au renvoi [mesures extrajudiciaires] ».

[43] Les articles 38 et 39 *LSJPA* limitent également les cas où le placement sous garde peut être ordonné. Pour pouvoir ordonner le placement sous garde d'un adolescent, le tribunal doit :

- croire qu'il n'existe aucune mesure de rechange ou combinaison de mesures de rechange (par. 39(2));
- savoir que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde n'a pas pour effet d'empêcher l'imposition d'une autre peine ne comportant pas de placement sous garde (par. 39(4));
- reconnaître que le placement sous garde ne doit pas se substituer à des services de protection de la jeunesse ou de santé mentale, ou à d'autres mesures sociales plus appropriées (par. 39(5));
- prendre connaissance du rapport prédécisionnel et des propositions relatives à la peine à imposer faites par l'adolescent ou son avocat (par. 39(6));
- donner les motifs pour lesquels une peine spécifique ne comportant pas de placement sous garde ne suffirait pas (par. 39(9));
- exiger que les principes énoncés à l'art. 3 *LSJPA* régissent la détermination de la peine (par. 38(2));

- ensure that the sentence is no greater than might be afforded an adult under the same circumstances (s. 38(2)(a));
- consider all available sanctions other than custody first (s. 38(2)(d)); and
- ensure that the sentence is the least restrictive one capable of holding the young person accountable, subject to proportionality concerns (s. 38(2)(e)).

[44] This statutory preoccupation with ensuring that sentencing reflects the reduced maturity and moral sophistication of young persons, guided this Court in *R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78, where Bastarache J. noted the *YCJA*'s goal to "send a clearer message to those involved in the youth criminal justice system about restricting the use of custody for young offenders" (para. 48). Bastarache J. concluded that "the object and scheme of the *YCJA*, as well as Parliament's intention in enacting it, all indicate that the *YCJA* was designed, in part, to reduce over-reliance on custodial sentences for young offenders" (para. 50).

[45] These considerations reveal that the approach to the sentencing of young persons is animated by the principle that there is a *presumption* of diminished moral culpability to which they are entitled. Like all presumptions, it is rebuttable. Under the presumptive offences sentencing scheme, it is the young person himself or herself who is required to prove that the presumption should *not* be rebutted, rather than the Crown who is required to show why it should be. The constitutional implications of this reversal of the onus create the legal knot we are asked to untie. To do so, we must first determine whether the principle of a presumption of diminished culpability is one of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

- assurer que la peine ne soit pas plus grave que celle qui pourrait être infligée à un adulte dans les mêmes circonstances (al. 38(2)a));
- commencer par examiner toutes les sanctions applicables, à l'exception du placement sous garde (al. 38(2)d));
- assurer que la peine soit la moins contraignante possible pour que l'adolescent réponde de ses actes, sous réserve des questions de proportionnalité (al. 38(2)e)).

[44] Ce souci du législateur d'assurer que la détermination de la peine reflète la moins grande maturité et le degré moins élevé de discernement moral des adolescents a guidé notre Cour dans l'arrêt *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78, où le juge Bastarache a fait état de l'objectif de la *LSJPA*, qui est de « communiquer encore plus clairement aux intervenants du système de justice pénale pour les adolescents le message qu'il faut restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants » (par. 48). Le juge Bastarache a conclu que « l'objet et l'économie de la *LSJPA*, ainsi que l'intention du législateur en l'adoptant, indiquent tous que la *LSJPA* a été conçue, en partie, pour réduire le recours trop fréquent au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants » (par. 50).

[45] Ces considérations révèlent que l'approche en matière de détermination de la peine à infliger à un adolescent repose sur le principe selon lequel il existe une *présomption* de culpabilité morale moins élevée dont l'adolescent a le droit de bénéficier. Cette présomption est réfutable comme le sont toutes les présomptions. Selon le régime de détermination des peines à infliger pour les infractions désignées, il appartient à l'adolescent lui-même d'établir que la présomption *ne doit pas* être repoussée, plutôt qu'au ministère public de démontrer pourquoi elle devrait l'être. Les conséquences sur le plan constitutionnel de cette inversion du fardeau de la preuve créent le nœud juridique qu'on nous demande de défaire. Pour ce faire, nous devons commencer par déterminer si le principe de la présomption de culpabilité moins élevée est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

[46] In *Malmo-Levine* and *Foundation for Children*, this Court provided a framework for assessing whether a particular principle meets this threshold. Three criteria must be met:

- (1) It must be a legal principle.
- (2) There must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate.
- (3) It must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

[47] The first question therefore is whether the presumption of diminished moral culpability is a legal principle. In my view it is. Special rules based on reduced maturity and moral capacity have governed young persons in conflict with the law from “the beginning of legal history” (Nicholas Bala and Mary-Anne Kirvan, “The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts”, in Ruth M. Mann, ed., *Juvenile Crime and Delinquency: A Turn of the Century Reader* (2000), at p. 45). English common law included the defence of *doli incapax*, or “incapacity to do wrong”. Children under seven were considered incapable of committing a crime, and a presumption of incapacity applied to children between the ages of seven and thirteen, although the prosecution could rebut the presumption with evidence that the child had sufficient intelligence and experience to “know the nature and consequences of the conduct and to appreciate that it was wrong” (p. 45).

[48] Canada too has consistently acknowledged the diminished responsibility and distinctive vulnerability of young persons in all of the *YCJA*'s statutory predecessors.

[46] Dans les arrêts *Malmo-Levine* et *Foundation for Children*, notre Cour a établi un cadre d'analyse permettant de déterminer si tel est le cas d'un principe particulier. Trois conditions doivent être remplies :

- (1) Il doit s'agir d'un principe juridique.
- (2) Il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice.
- (3) Ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

[47] Par conséquent, la première question est de savoir si la présomption de culpabilité morale moins élevée est un principe juridique. Selon moi, il faut répondre par l'affirmative. Depuis [TRADUCTION] « les débuts de l'histoire juridique », les adolescents qui ont des démêlés avec la justice sont régis par des règles spéciales qui tiennent compte de leur moins grande maturité et de leur moins grande aptitude à exercer un jugement moral (Nicholas Bala et Mary-Anne Kirvan, « The Statute : Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts », dans Ruth M. Mann, dir., *Juvenile Crime and Delinquency : A Turn of the Century Reader* (2000), p. 45). La common law anglaise reconnaissait le moyen de défense *doli incapax*, ou l'« incapacité de faire le mal ». On considérait que les enfants âgés de moins de sept ans étaient incapables de commettre un crime et une présomption d'incapacité s'appliquait aux enfants ayant entre sept et treize ans, même si la poursuite pouvait réfuter cette présomption en prouvant que l'enfant avait une intelligence et une expérience suffisantes [TRADUCTION] « pour connaître la nature et les conséquences de ses actes et pour savoir qu'ils étaient répréhensibles » (p. 45).

[48] Dans toutes les lois qui ont précédé la *LSJPA*, le Canada a lui aussi constamment reconnu la responsabilité atténuée des adolescents et la vulnérabilité qui les caractérise.

[49] The first Canadian legislation separating adults from child and adolescent persons was introduced in 1857, placing young persons in training schools and reformatories rather than penitentiaries. Community-based alternatives to imprisonment for young persons were initiated at that time. The first probation officers working specifically with and for juveniles were hired (Nicholas Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), at pp. 6-7).

[50] A distinct youth criminal justice system was established in 1908 through the enactment of the *Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40. Its purpose was described at s. 31 of the Act as follows:

31. . . . That the care and custody and discipline of a juvenile delinquent shall approximate as nearly as may be that which should be given by its parents, and that as far as practicable every juvenile delinquent shall be treated, not as a criminal, but as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.

[51] A young person over the age of 14 could, however, be transferred to adult court pursuant to s. 7 of the Act if he or she had been charged with an indictable offence:

7. Where the act complained of is, under the provisions of *The Criminal Code* or otherwise, an indictable offence, and the accused child is apparently or actually over the age of fourteen years, the court may, in its discretion, order the child to be proceeded against by indictment in the ordinary courts in accordance with the provisions of *The Criminal Code* in that behalf; but such course shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it. The court may, in its discretion, at any time before any proceeding has been initiated against the child in the ordinary criminal courts, rescind an order so made.

[52] Parliament reformed the youth criminal justice system in 1984 with the enactment of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, later codified as the *Young Offenders Act*, R.S.C.

[49] C'est en 1857 qu'une loi canadienne a séparé, pour la première fois, les enfants et les adolescents des adultes, en prévoyant que les adolescents seraient placés dans des établissements d'éducation surveillée et des maisons de correction plutôt que dans des prisons. C'est aussi à cette époque que des solutions de rechange communautaires à l'emprisonnement ont été mises en place pour les adolescents et que les premiers agents de probation chargés de travailler spécifiquement avec les jeunes et pour ceux-ci ont été embauchés (Nicholas Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), p. 6-7).

[50] Un système de justice pénale distinct pour les adolescents a été établi, en 1908, au moyen de l'adoption de la *Loi des jeunes délinquants, 190[8]*, S.C. 1908, ch. 40, dont l'objet était décrit ainsi à l'art. 31 :

31. . . . que le soin, la surveillance et la discipline d'un jeune délinquant ressemblent autant que possible à ceux qui lui seraient donnés par ses parents, et que, autant qu'il est praticable, chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d'aide, d'encouragement et de secours.

[51] Toutefois, un adolescent âgé de plus de 14 ans pouvait, conformément à l'art. 7 de la Loi, être renvoyé devant un tribunal pour adultes s'il avait été inculqué d'un acte criminel :

7. Lorsque l'infraction qui fait le sujet de la plainte est, aux termes des dispositions du Code criminel ou autrement, un acte criminel, et que l'enfant accusé est apparemment ou effectivement âgé de plus de quatorze ans, la cour peut, à sa discrétion, mais seulement si elle est d'avis que le bien de l'enfant et l'intérêt de la société l'exigent, ordonner que cet enfant soit poursuivi par voie d'accusation dans les cours ordinaires, conformément aux dispositions du Code criminel. La cour peut, à sa discrétion, en tout temps avant l'institution de procédures contre l'enfant dans les cours criminelles ordinaires, révoquer cet ordre.

[52] Le législateur a réformé le système de justice pénale pour les adolescents en 1984, en adoptant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — dont la version codifiée est la *Loi*



1985, c. Y-1 (“*YOA*”). The purpose of this legislation was articulated in s. 3(1) in part as follows:

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(c) young persons who commit offences require supervision, discipline and control, but, because of their state of dependency and level of development and maturity, they also have special needs and require guidance and assistance;

[53] Initially, s. 16 of the *YOA* permitted the transfer to adult court of youths charged with the most serious offences. The Crown, in applying for such a transfer, bore the burden of demonstrating that it was appropriate. In *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, this Court held that this was not a “heavy onus”. Nor did the Crown have to demonstrate “exceptional” circumstances to make its case for transfer. Nonetheless, the Court noted “[t]hat is not to say that the transfer of a case from Youth Court to ordinary court is not a matter of the utmost seriousness” (p. 463).

[54] The test for transfer was whether the judge was “of the opinion that, in the interest of society and having regard to the needs of the young person, the young person should be proceeded against in ordinary court” (p. 455). A number of factors were to be considered before transferring the young person, including the seriousness and circumstances of the offence, the young person’s situation, and whether he or she already had a record.

[55] In 1992, the federal government amended the *YOA* to lengthen the maximum sentence in youth court for murder from three years to five years less a day. It also amended the transfer provisions

*sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »). Les dispositions suivantes du par. 3(1) énonçaient en partie l’objet de cette loi :

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés :

a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

c) la situation des jeunes contrevenants requiert surveillance, discipline et encadrement; toutefois, l’état de dépendance où ils se trouvent, leur degré de développement et de maturité leur créent des besoins spéciaux qui exigent conseils et assistance;

[53] À l’origine, l’art. 16 *LJC* permettait que les adolescents inculpés des infractions les plus graves soient renvoyés devant un tribunal pour adultes. Le ministère public devait, en présentant une demande de renvoi, démontrer qu’une telle mesure était appropriée. Dans l’arrêt *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, notre Cour a conclu que ce n’était pas un « lourd fardeau ». Le ministère public n’avait pas non plus à démontrer l’existence de circonstances « exceptionnelles » pour justifier le renvoi. La Cour a néanmoins souligné que « [c]ela ne veut pas dire que le renvoi d’une affaire du tribunal pour adolescents à la juridiction normalement compétente n’est pas une question grave » (p. 463).

[54] Le juge pouvait ordonner le renvoi « s’il estim[ait] que, dans l’intérêt de la société et compte tenu des besoins de l’adolescent, le renvoi de la cause devant [la] juridiction [normalement compétente] s’impos[ait] » (p. 455). Pour ordonner le renvoi, il fallait tenir compte d’un certain nombre d’éléments, dont la gravité de l’infraction et ses circonstances, la situation de l’adolescent et la question de savoir s’il avait des antécédents judiciaires.

[55] En 1992, le gouvernement fédéral a modifié la *LJC* de manière à faire passer de trois à cinq ans moins un jour la peine maximale qu’un tribunal pour adolescents peut infliger pour un meurtre.

to stipulate that the “protection to the public” was the paramount consideration. The period of parole ineligibility was, however, reduced for young persons convicted of first and second degree murder in adult court so that once incarcerated in adult facilities, they could be released sooner than their adult counterparts.

[56] In 1995, the *YOA* was amended by the addition of s. 16(1.01) to require explicitly that 16- or 17-year-olds charged with murder, attempted murder, manslaughter or aggravated sexual assault be tried as adults in ordinary court, unless the young person or the Crown applied to have the matter proceed in youth court. The constitutionality of this provision was never tested in this Court.

[57] And finally, we come to the current legislation, the *YCJA*, which came into force on April 1, 2003. The fundamental underlying principles of this legislation are found in s. 3:

3. (1) The following principles apply in this Act:

. . .

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

- (i) rehabilitation and reintegration,
- (ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,
- (iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

. . .

Il a également modifié les dispositions relatives au renvoi de manière à accorder une importance prépondérante à la « protection du public ». La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle était toutefois réduite pour les adolescents reconnus coupables de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré par un tribunal pour adultes, de sorte qu'une fois incarcérés dans un établissement pour adultes ils pouvaient être libérés plus rapidement que les détenus adultes.

[56] En 1995, la *LJC* a été modifiée par l'ajout du par. 16(1.01), de manière à exiger explicitement que l'adolescent de 16 ou 17 ans inculpé de meurtre, de tentative de meurtre, d'homicide involontaire coupable ou d'agression sexuelle grave soit jugé par le tribunal pour adultes normalement compétent, à moins que l'adolescent en question ou le ministère public demande que la cause soit instruite par le tribunal pour adolescents. La constitutionnalité de cette disposition n'a jamais été contestée devant notre Cour.

[57] Et enfin nous arrivons à la loi actuelle, la *LSJPA*, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2003. Les principes fondamentaux qui sous-tendent cette mesure législative sont énoncés à l'art. 3 :

3. (1) Les principes suivants s'appliquent à la présente loi :

. . .

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

- (i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,
- (ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,
- (iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

. . .

Section 3(2), moreover, stipulates that the Act “shall be liberally construed so as to ensure that young persons are dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1)”. Section 2(1) defines a “young person” as someone

who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years old or older, but less than eighteen years old and, if the context requires, includes any person who is charged under this Act with having committed an offence while he or she was a young person or who is found guilty of an offence under this Act.

[58] Moreover, the preamble recognizes society’s “responsibility to address the developmental challenges and the needs of young persons and to guide them into adulthood”; encourages “guidance and support”; and seeks “effective rehabilitation and reintegration”.

[59] This legislative history confirms that the recognition of a presumption of diminished moral culpability for young persons is a long-standing legal principle.

[60] It is also a legal principle that finds expression in Canada’s international commitments. The United Nations *Convention on the Rights of the Child*, explicitly mentioned in the preamble to the *YCJA*, was ratified by Canada in 1992 (Can. T.S. 1992 No. 3). Paragraph 1 of art. 40 of the Convention states:

1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child’s sense of dignity and worth, which reinforces the child’s respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child’s age and the desirability of promoting the child’s reintegration and the child’s assuming a constructive role in society.

[61] Having concluded that a presumption of diminished moral blameworthiness for young persons is a legal principle, the next question is whether there is a consensus that this principle is fundamental to the operation of a fair legal system. In my view there is little doubt that such general recognition exists. Fish J., for the majority, noted

Le paragraphe 3(2) prévoit, en outre, que la loi « doit faire l’objet d’une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1) ». Selon le par. 2(1), un « adolescent » s’entend de toute personne

qui, étant âgée d’au moins douze ans, n’a pas atteint l’âge de dix-huit ans ou qui, en l’absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites. Y est assimilée, pour les besoins du contexte, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d’avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d’une infraction.

[58] De plus, le préambule reconnaît que la société « se doit de répondre aux besoins des adolescents, de les aider dans leur développement et de leur offrir soutien et conseil jusqu’à l’âge adulte », encourage à offrir « soutien et conseil » et vise « la réadaptation et la réinsertion sociale ».

[59] Cet historique législatif confirme que la reconnaissance d’une présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est un principe juridique de longue date.

[60] Il s’agit d’un principe juridique qui se reflète également dans les engagements internationaux du Canada. En 1992, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies (R.T. Can. 1992 n° 3), mentionnée expressément dans le préambule de la *LSJPA*. Le paragraphe 1 de l’art. 40 de la convention est ainsi rédigé :

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d’infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l’homme et les libertés fondamentales d’autrui, et qui tient compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

[61] Après avoir conclu que la présomption de culpabilité morale moins élevée dont bénéficient les adolescents est un principe juridique, il faut maintenant se demander s’il existe un consensus sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. J’estime qu’il y a peu de doute qu’un tel consensus existe. Dans l’arrêt

in *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61, at para. 41, that in “creating a separate criminal justice system for young persons, Parliament has recognized the heightened vulnerability and reduced maturity of young persons”.

[62] It is widely acknowledged that age plays a role in the development of judgment and moral sophistication. Professor Allan Manson notes that “[t]he general principle that applies to youthful offenders . . . [is] that a lack of experience with the world warrants leniency and optimism for the future” (*The Law of Sentencing* (2001), at pp. 103-4). And Professor Bala describes the *YCJA* as

premised on a recognition that to be a youth is to be in a state of “diminished responsibility” in a moral and intellectual sense. Adolescents, and even more so children, lack a fully developed adult sense of moral judgment. Adolescents also lack the intellectual capacity to appreciate fully the consequences of their acts. In many contexts, youths will act without foresight or self-awareness, and they may lack empathy for those who may be the victims of their wrongful acts. Youths who are apprehended and asked why they committed a crime most frequently respond: “I don’t know.” Because of their lack of judgment and foresight, youths also tend to be poor criminals and, at least in comparison to adults, are relatively easy to apprehend. . . . This is not to argue that adolescent offenders should not be morally or legally accountable for their criminal acts, but only that their accountability should, in general, be more limited than is the case for adults.

(*Youth Criminal Justice Law*, at pp. 3-4 (footnotes omitted))

[63] The following observation by Justice Gilles Renaud in *Speaking to Sentence: A Practical Guide* (2004), at p. 10, is also apt:

Stated simply, offenders who act out of immaturity, impulsiveness, or other ill-considered motivation are not to be dealt with as if they were proceeding with the same degree of insight into their wrongdoing as more mature, reflective, or considered individuals. The less elevated the degree of moral blameworthiness, the

*R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61, par. 41, le juge Fish a souligné, au nom de la majorité, qu’en « créant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, le législateur a reconnu leurs plus grandes vulnérabilité et immaturité ».

[62] Il est largement reconnu que l’âge influe sur le développement du jugement et du discernement moral. Le professeur Allan Manson fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]e principe général qui s’applique aux jeunes contrevenants [. . .] [veut] qu’un manque d’expérience de la vie justifie qu’on fasse preuve de clémence et d’optimisme quant à l’avenir » (*The Law of Sentencing* (2001), p. 103-104). De plus, le professeur Bala décrit la *LSJPA* comme

[TRADUCTION] fondée sur la reconnaissance qu’être jeune signifie être “moins responsable” sur le plan moral et intellectuel. Le sens du jugement moral qu’ont les adultes n’est pas complètement développé chez les adolescents et encore moins chez les enfants. Les adolescents n’ont pas non plus la capacité intellectuelle d’évaluer pleinement les conséquences de leurs actes. Dans de nombreux contextes, les jeunes ne sont pas conscients de la portée et des conséquences de leurs actes, et ils peuvent être incapables de s’identifier aux éventuelles victimes de leurs actes fautifs. Les jeunes qui sont appréhendés et à qui on demande pourquoi ils ont commis un crime répondent la plupart du temps : « Je ne le sais pas. » En raison de leur manque de jugement et de leur imprévoyance, les jeunes ont tendance à être de piètres criminels et, du moins comparativement aux adultes, ils sont relativement faciles à appréhender. [. . .] Cela revient à dire non pas que les contrevenants adolescents ne devraient pas être moralement ou légalement responsables de leurs actes criminels, mais seulement que leur responsabilité devrait être plus limitée que dans le cas d’un adulte.

(*Youth Criminal Justice Law*, p. 3-4 (renvois omis))

[63] L’observation suivante du juge Gilles Renaud dans *Speaking to Sentence: A Practical Guide* (2004), p. 10, est également pertinente :

[TRADUCTION] Tout simplement, les contrevenants qui agissent par manque de maturité, de manière impulsive ou pour quelque autre motif malencontreux ne doivent pas être traités comme s’ils avaient commis leur méfait avec le même discernement dont fait montre l’individu plus mature, réfléchi ou circonspect. Moins le degré de

greater the reach of leniency. By way of limited example, the relative youth of an offender will be emphasized in those cases in which an individualized disposition is selected . . . .

[64] As Professor Bala explains, “adolescents generally lack the judgment and knowledge to participate effectively in the court process and may be more vulnerable than adults” (*Youth Criminal Justice Law*, at p. 5). There is, moreover, evidence suggesting that as a result of this reduced judgment and maturity, young persons respond differently to punishment than adults, and that harsher penalties do not, by themselves, reduce youth crime. See Anthony N. Doob, Voula Marinos, and Kimberly N. Varma, *Youth Crime and the Youth Justice System in Canada: A Research Perspective* (1995), at pp. 56-71.

[65] This helps explain why, in s. 3(1)(b)(i) of the *YCJA*, “rehabilitation and reintegration”, not general deterrence, are emphasized and why, in s. 3(1)(b)(ii), accountability should be “fair and proportionate . . . consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity”.

[66] The courts, too, have acknowledged the reality of reduced moral culpability on the part of young people. In *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 268, Lamer C.J. observed:

[W]hat distinguishes this legislation from the *Criminal Code* is the fact that it creates a special regime for young persons. The essence of the young offenders legislation is a distinction based on age and on the diminished responsibility associated with this distinction. [Emphasis added.]

[67] This consensus also exists internationally. Professor Bala points out that “[e]very legal system recognizes that children and youths are different from adults and should not be held accountable for violations of the criminal law in the same fashion as adults” (*Youth Criminal Justice Law*, at p. 1). Anthony N. Doob and Michael Tonry, “Varieties of Youth Justice”, in *Youth Crime and Youth Justice*:

culpabilité morale est élevé, plus il y a de place pour la clémence. Par exemple, on insistera sur la jeunesse relative d'un contrevenant dans les cas où une décision individuelle est choisie . . . .

[64] Comme l'explique le professeur Bala, [TRADUCTION] « en général, les adolescents n'ont pas le jugement et les connaissances requises pour participer efficacement au processus judiciaire et ils peuvent être plus vulnérables que les adultes » (*Youth Criminal Justice Law*, p. 5). De plus, une preuve indique que, parce qu'ils sont moins matures et qu'ils ont moins de jugement, les adolescents réagissent différemment des adultes au châtime, et que des peines plus sévères ne contribuent pas en soi à diminuer la criminalité chez les jeunes. Voir Anthony N. Doob, Voula Marinos et Kimberly N. Varma, *La criminalité chez les jeunes et le système de justice pour la jeunesse au Canada : Le point de vue de la recherche* (1995), p. 51-64.

[65] Cela aide à expliquer pourquoi, au sous-al. 3(1)(b)(i) *LSJPA*, l'accent est mis sur la « réadaptation et [la] réinsertion sociale » et non sur la dissuasion générale, et pourquoi, au sous-al. 3(1)(b)(ii), la responsabilité des adolescents devrait être « juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité ».

[66] Les tribunaux ont eux aussi reconnu le fait que la culpabilité morale des adolescents est moins élevée. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 268, le juge en chef Lamer fait observer ceci :

[C]ette législation se distingue du *Code criminel* en ce qu'elle crée un régime législatif particulier pour les adolescents. L'essence même de la législation sur les jeunes contrevenants repose sur une différence fondée sur l'âge et sur la responsabilité moindre attachée à cette distinction. [Je souligne.]

[67] Ce consensus existe aussi à l'échelle internationale. Le professeur Bala souligne que [TRADUCTION] « [t]ous les systèmes de justice reconnaissent que les enfants et les adolescents sont différents des adultes et qu'ils ne devraient pas être tenus responsables des crimes qu'ils commettent, de la même manière que le sont les adultes » (*Youth Criminal Justice Law*, p. 1). Dans leur

*Comparative and Cross-National Perspectives* (2004), at p. 1, observe that “[t]he most notable aspect of the treatment of youths who offend in Western countries is that every country appears to have laws or policies reflecting the belief that youths should be treated differently from adult offenders” (p. 3). This is so because “generally speaking, the assumption is that the youthfulness of an offender mitigates the punishment that youths should receive and that youths should be kept separate from adult offenders” (p. 5).

[68] The preceding confirms, in my view, that a broad consensus reflecting society’s values and interests exists, namely that the principle of a presumption of diminished moral culpability in young persons is fundamental to our notions of how a fair legal system ought to operate.

[69] The third criterion for recognition as a principle of fundamental justice is that the principle be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. This is not a difficult criterion to satisfy in this case. The principle that young people are entitled to a presumption of diminished moral culpability throughout any proceedings against them, including during sentencing, is readily administrable and sufficiently precise to yield a manageable standard. It is, in fact, a principle that has been administered and applied to proceedings against young people for decades in this country.

### *Application of the Principle*

[70] The remaining issue, therefore, is whether the presumption of an adult sentence in the onus provisions is consistent with the principle of fundamental justice that young people are entitled to a presumption of diminished moral culpability. In my view, they are not. They deprive D.B. of this

article intitulé « Varieties of Youth Justice », que l’on trouve dans *Youth Crime and Youth Justice : Comparative and Cross-National Perspectives* (2004), p. 1, Anthony N. Doob et Michael Tonry font remarquer que [TRADUCTION] « [l’]aspect le plus notable du traitement réservé aux jeunes contrevenants des pays occidentaux est que tous ces pays semblent avoir des lois ou des politiques qui reflètent la croyance que les adolescents doivent être traités différemment des adultes » (p. 3). Il en est ainsi parce qu’« en général, on présume que le jeune âge d’une personne contribue à atténuer le châtement qui devrait lui être infligé et que les adolescents doivent être séparés des adultes » (p. 5).

[68] Ce qui précède confirme, selon moi, l’existence d’un large consensus qui reflète les valeurs et intérêts de la société, selon lequel le principe d’une présomption de culpabilité morale moins élevée chez les adolescents est essentiel à notre conception du bon fonctionnement d’un système de justice.

[69] La troisième condition à remplir pour qu’un principe soit reconnu comme principe de justice fondamentale est qu’il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Cette condition n’est pas difficile à remplir en l’espèce. Le principe selon lequel les adolescents ont droit à la présomption de culpabilité morale moins élevée tout au long des procédures dont ils font l’objet, y compris lors de la détermination de la peine, est facile à appliquer et est suffisamment précis pour constituer une norme fonctionnelle. Il s’agit en fait d’un principe qui, dans notre pays, est appliqué depuis des décennies aux poursuites contre des adolescents.

### *Application du principe*

[70] La dernière question qui se pose est donc de savoir si la présomption d’assujettissement à une peine applicable aux adultes, établie dans les dispositions relatives au fardeau de la preuve, est conforme au principe de justice fondamentale selon lequel les adolescents ont droit à la présomption de

presumption by putting the onus on him to justify his continued entitlement to the presumption, rather than on the Crown to demonstrate why it no longer applies to D.B., thereby allowing him to be sentenced as an adult.

[71] Presumptive offences are treated differently from other serious offences in the *YCJA*. Ordinarily, the Crown can seek an adult sentence for a young person over the age of 14 who has been found guilty of certain indictable offences. The young person must be notified of the Crown's intention and, once notified, can elect to be tried by a youth court judge or, in the Ontario Superior Court of Justice, by a judge alone or with a jury following a preliminary inquiry. The onus is on the Crown. If the Crown does not persuade the court, a youth sentence will be imposed.

[72] The young person charged with or found guilty of a presumptive offence, however, must *apply* for an order that he or she is not liable to an adult sentence so that a youth sentence can be imposed (s. 63(1)). In making its decision, the court is directed to consider whether a youth sentence would have "sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour" (s. 72(1)(a) and (1)(b)).

[73] In deciding whether it would be a sufficiently long sentence, the court is to consider

the seriousness and circumstances of the offence, and the age, maturity, character, background and previous record of the young person and any other factors that the court considers relevant . . . [s. 72(1)]

[74] Professor Bala has observed that such an onus implicates three elements — procedural, tactical and persuasive:

culpabilité morale moins élevée. Selon moi, elles ne le sont pas. Elles empêchent D.B. de bénéficier de cette présomption en l'obligeant à démontrer pourquoi il continue d'avoir droit à cette présomption, au lieu d'obliger le ministère public à démontrer pourquoi elle ne s'applique plus à D.B., qui pourrait par conséquent être assujéti à une peine applicable aux adultes.

[71] La *LSJPA* traite les infractions désignées différemment des autres infractions graves. Habituellement, le ministère public peut demander que l'adolescent de plus de 14 ans qui a été déclaré coupable de certaines infractions criminelles soit assujéti à une peine applicable aux adultes. L'adolescent doit être avisé de l'intention du ministère public et, une fois avisé, il peut choisir de subir son procès devant un juge du tribunal pour adolescents ou en Cour supérieure de justice de l'Ontario, devant un juge seul ou devant un juge et un jury à la suite d'une enquête préliminaire. Le fardeau de la preuve incombe au ministère public. Si le ministère public ne réussit pas à convaincre le tribunal, une peine spécifique est infligée.

[72] L'adolescent accusé ou déclaré coupable d'une infraction désignée doit cependant présenter une *demande* de non-assujétissement à une peine applicable aux adultes pour qu'une peine spécifique puisse lui être infligée (par. 63(1)). Pour se prononcer à ce sujet, le tribunal doit se demander si la peine spécifique « est d'une durée suffisante pour tenir l'adolescent responsable de ses actes délictueux » (al. 72(1)a) et b)).

[73] Pour déterminer si la peine spécifique est d'une durée suffisante, le tribunal doit tenir compte

de la gravité de l'infraction et des circonstances de sa perpétration et de l'âge, de la maturité, de la personnalité, des antécédents et des condamnations antérieures de l'adolescent et de tout autre élément qu'il estime pertinent . . . [par. 72(1)]

[74] Le professeur Bala a fait observer que ce fardeau de la preuve comporte trois aspects, en ce sens qu'il est à la fois de nature procédurale, de nature tactique et de nature persuasive :

Under the new Act [the *YCJA*], the onus on the young offender seeking a youth sentence under section 63 in a presumptive offence situation has procedural, tactical, and persuasive elements. The onus is procedural in the sense that the youth must make an application to prevent the imposition of an adult sentence. It is tactical in the sense that there is an onus on the youth to adduce some evidence about why a youth sentence is appropriate, though the youth is not obliged to testify, and as discussed above, the court may still require the Crown to lead its evidence first. Further, section 72(2) provides that “the onus of satisfying the youth justice court” as to the matters referred to in section 72(1) is on the applicant. This places a “persuasive” burden on the youth to satisfy the youth justice court that a youth sentence would be of “sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour.”

(*Youth Criminal Justice Law*, at p. 521 (emphasis added))

[75] Because the presumptive sentence is an adult one, the young person must provide the court with the information and counter-arguments to justify a youth sentence. If the young person fails to persuade the court that a youth sentence is sufficiently lengthy based on the factors set out in s. 72(1), an adult sentence must be imposed. This forces the young person to rebut the presumption of an adult sentence, rather than requiring the Crown to *justify* an adult sentence. It is therefore a reverse onus.

[76] No one seriously disputes that there are wide variations in the maturity and sophistication of young persons over the age of 14 who commit serious offences. But the onus provisions in the presumptive offences sentencing regime stipulate that it is the offence, rather than the age of the person, that determines how he or she should be sentenced. This clearly deprives young people of the benefit of the presumption of diminished moral blameworthiness based on age. By depriving them of this presumption because of the crime and *despite* their

[TRADUCTION] Selon la nouvelle Loi [la *LSJPA*], le fardeau de la preuve incombant au jeune contrevenant qui demande l'assujettissement à une peine spécifique pour une infraction désignée en application de l'art. 63 est à la fois de nature procédurale, de nature tactique et de nature persuasive. Le fardeau de la preuve est de nature procédurale en ce sens que l'adolescent doit présenter une demande visant à empêcher son assujettissement à une peine applicable aux adultes. Il est de nature tactique en ce sens qu'il incombe à l'adolescent de présenter des éléments de preuve au sujet des raisons pour lesquelles il convient de lui infliger une peine spécifique, bien qu'il ne soit pas tenu de témoigner et que, comme nous l'avons vu, il soit toujours loisible au tribunal d'obliger le ministère public à produire sa preuve en premier. De plus, le par. 72(2) prévoit qu'« [i]l incombe au demandeur de démontrer » que les conditions énoncées au par. 72(1) sont remplies. L'adolescent se voit donc imposer un fardeau de nature « persuasive » consistant à convaincre le tribunal pour adolescents qu'une peine spécifique est « d'une durée suffisante pour [le] tenir [ . . . ] responsable de ses actes délictueux ».

(*Youth Criminal Justice Law*, p. 521 (je souligne))

[75] À cause de la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, l'adolescent doit présenter au tribunal les renseignements et arguments qui justifient au contraire une peine spécifique. Si l'adolescent ne réussit pas à convaincre le tribunal que la peine spécifique est d'une durée suffisante compte tenu des éléments énoncés au par. 72(1), une peine applicable aux adultes doit lui être infligée. Cela force l'adolescent à réfuter la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, au lieu d'obliger le ministère public à *justifier* l'assujettissement à telle peine. Il y a donc inversion du fardeau de la preuve.

[76] Personne ne conteste que la maturité et le discernement des adolescents de plus de 14 ans qui commettent des infractions graves varient énormément. Or, selon les dispositions relatives au fardeau de la preuve dans le régime applicable aux infractions désignées, la peine doit être déterminée en fonction de l'infraction commise plutôt qu'en fonction de l'âge. Cela a clairement pour effet d'empêcher l'adolescent de bénéficier de la présomption de culpabilité morale moins élevée fondée sur l'âge. Du fait qu'elles privent les adolescents du bénéfice



age, and by putting the onus on them to prove that they remain entitled to the procedural and substantive protections to which their age entitles them, including a youth sentence, the onus provisions infringe a principle of fundamental justice.

[77] This does not mean that an adult sentence cannot be imposed on a young person. It may well be that the seriousness of the offence and the circumstances of the offender justify it notwithstanding his or her age. The issue in this case, however, is who has the burden of proving that an adult sentence is justified.

[78] The onus on the young person of satisfying the court of the sufficiency of the factors in s. 72(1) so that a youth sentence can be imposed also contravenes what the Crown concedes in its factum is another principle of fundamental justice, namely, that the Crown is obliged to prove, beyond a reasonable doubt, any aggravating factors in sentencing on which it relies. Putting the onus on the young person to prove the *absence* of aggravating factors in order to justify a youth sentence, rather than on the Crown to prove the aggravating factors that justify a lengthier adult sentence, reverses the onus.

[79] In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, a pre-*Charter* case, Dickson J. cogently explained the significance of this burden on the Crown when he observed:

It is well to recall in any discussion of sentencing procedures that the vast majority of offenders plead guilty. . . . The sentencing judge therefore must get his facts after plea. Sentencing is, in respect of most offenders, the only significant decision the criminal justice system is called upon to make.

de cette présomption à cause de l'infraction qu'ils ont commise et *en dépit* de leur âge, et qu'elles les obligent à prouver qu'ils continuent d'avoir droit aux protections procédurales et substantielles dont ils devraient bénéficier en raison de leur âge, et notamment d'une peine spécifique, les dispositions relatives au fardeau de la preuve violent un principe de justice fondamentale.

[77] Cela ne signifie pas qu'un adolescent ne peut pas être assujéti à une peine applicable aux adultes. Il se peut que la gravité de l'infraction et la situation de l'adolescent qui l'a commise justifient que celui-ci le soit malgré son âge. La question soulevée en l'espèce est toutefois celle de savoir à qui incombe le fardeau de prouver qu'une peine applicable aux adultes est justifiée.

[78] Le fait d'obliger l'adolescent à convaincre le tribunal que les éléments énoncés au par. 72(1) jouent suffisamment en sa faveur pour lui permettre d'être assujéti à une peine spécifique viole également ce que le ministère public reconnaît dans son mémoire comme étant un autre principe de justice fondamentale, à savoir que le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable l'existence des facteurs aggravants qu'il invoque au moment de la détermination de la peine. Obliger l'adolescent à établir l'*absence* de facteurs aggravants pour justifier une peine spécifique, au lieu d'obliger le ministère public à établir l'existence des facteurs aggravants qui justifient une peine plus longue applicable aux adultes, a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve.

[79] Dans l'arrêt antérieur à la *Charte*, *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, le juge Dickson a expliqué de manière convaincante l'importance de ce fardeau qui incombe au ministère public :

Il ne faut pas perdre de vue, dans l'étude des procédures de détermination des sentences, que la plupart des accusés avouent leur culpabilité. [ . . . ] Le juge qui prononce la sentence doit donc être instruit des faits après la déclaration de culpabilité. Pour la plupart des accusés, la sentence est la seule décision importante que la justice pénale est appelée à rendre.

In my view, both the informality of the sentencing procedure as to the admissibility of evidence and the wide discretion given to the trial judge in imposing sentence are factors militating *in favour of* the retention of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt at sentencing.

[B]ecause the sentencing process poses the ultimate jeopardy to an individual enmeshed in the criminal process, it is just and reasonable that he be granted the protection of the reasonable doubt rule at this vital juncture of the process ([J. A.] Olah ["Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97], at p. 121).

(Emphasis in original; pp. 414-15.)

[80] In *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, this Court, citing *Gardiner*, noted that

it is clear law that where the Crown advances aggravating facts in sentencing which are contested, the Crown must establish those facts beyond reasonable doubt . . . .

Although, of course, *Gardiner* was not a *Charter* case, the problem it confronted can readily be restated in terms of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. While the presumption of innocence as specifically articulated in s. 11(d) may not cover the question of the standard of proof of contested aggravating facts at sentencing, the broader substantive principle in s. 7 almost certainly would. [p. 686]

[81] In the case of presumptive offences, it is the young person who must satisfy the court of the factors justifying a youth sentence, whereas it is normally the Crown who is required to satisfy the court of any factors justifying a more severe sentence. A maximum adult sentence in the case of presumptive offences is, by definition, more severe than the maximum permitted for a youth sentence. A youth sentence for murder cannot exceed ten years; for second degree murder, seven; and for manslaughter, three. The maximum adult sentence for these offences is life in prison.

À mon sens, aussi bien le caractère non formaliste du processus de sentence quant à la recevabilité de la preuve que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès quant à l'imposition de la sentence sont des facteurs qui militent *en faveur du* maintien de la norme de preuve en matière criminelle, c.-à-d. la preuve hors de tout doute raisonnable, lors du processus de sentence.

[TRADUCTION] Parce que le processus de sentence constitue le danger ultime pour une personne aux prises avec la justice, il est juste et raisonnable qu'on lui accorde la protection de la règle du doute raisonnable à ce stade critique de la procédure ([J. A.] Olah « Sentencing : The Last Frontier of the Criminal Law » (1980), 16 C.R. (3d) 97], à la p. 121).

(Souligné dans l'original; p. 414-415.)

[80] Dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, notre Cour, citant l'arrêt *Gardiner*, a fait remarquer ceci :

. . . il est clairement établi en droit que, si le ministère public fait valoir, quant à la peine, des circonstances aggravantes qui sont contestées, il doit en faire la preuve hors de tout doute raisonnable . . .

Bien que la *Charte* n'ait évidemment pas été invoquée dans l'affaire *Gardiner*, le problème qui devait y être résolu peut facilement être reposé dans l'optique de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Alors que la présomption d'innocence telle qu'énoncée spécifiquement à l'al. 11d) ne vise peut-être pas la question de la norme de preuve applicable aux circonstances aggravantes contestées au moment de la détermination de la peine, le principe de fond plus général qui sous-tend l'art. 7 vise presque certainement cette question. [p. 686]

[81] Dans le cas d'une infraction désignée, l'adolescent doit convaincre le tribunal de l'existence des éléments qui justifient une peine spécifique, alors qu'il appartient normalement au ministère public de convaincre le tribunal de l'existence d'éléments qui justifient une peine plus sévère. Or, la peine maximale applicable aux adultes dans le cas d'une infraction désignée est, par définition, plus sévère que la peine spécifique maximale qui peut être infligée. La peine spécifique pour un meurtre ne peut pas excéder dix ans, celle pour un meurtre au deuxième degré, sept ans, et celle pour un homicide involontaire coupable, trois ans. La peine maximale applicable aux adultes pour ces infractions est l'emprisonnement à perpétuité.

[82] A young person should receive, at the very least, the same procedural benefit afforded to a convicted adult on sentencing, namely, that the burden is on the Crown to demonstrate why a more severe sentence is necessary and appropriate in any given case. The onus on the young person reverses this traditional onus on the Crown and is, consequently, a breach of s. 7.

[83] Similarly, I see the onus on young persons to demonstrate why they remain entitled to the ongoing protection of a publication ban to be a violation of s. 7. As discussed, the effect of the reverse onus provisions is that if a young person is unable to persuade the court that a youth sentence should be imposed, an adult sentence is imposed. When an adult sentence is imposed, the young person loses the protection of a publication ban. But even if the young person succeeds in discharging the reverse onus and receives a youth sentence, the *YCJA* imposes an additional onus by requiring the young person to apply for the ban that normally accompanies a youth sentence.

[84] In s. 3(1)(b)(iii) of the *YCJA*, as previously noted, the young person's "enhanced procedural protection . . . including their right to privacy", is stipulated to be a principle to be emphasized in the application of the Act. Scholars agree that "[p]ublication increases a youth's self-perception as an offender, disrupts the family's abilities to provide support, and negatively affects interaction with peers, teachers, and the surrounding community" (Nicholas Bala, *Young Offenders Law* (1997), at p. 215). Professor Doob, cited by the court in the *Quebec Reference*, testified about this issue before the Standing Committee on Justice:

[TRANSLATION] I think you'd be hard-pressed to find a single professional who has worked in this area who would be in favour of the publication of names. From the very beginning when this was proposed in May 1998, I'd never heard anybody give a single reasoned, principled argument for doing it.

[82] Un adolescent devrait bénéficier, tout au moins, du même avantage procédural dont l'adulte déclaré coupable bénéficie au moment de la détermination de la peine, à savoir qu'il incombe au ministère public de démontrer pourquoi une peine plus sévère est nécessaire et appropriée dans un cas donné. Le fardeau qui incombe à l'adolescent a pour effet d'inverser ce fardeau traditionnel du ministère public et viole donc l'art. 7.

[83] De même, j'estime qu'obliger l'adolescent à démontrer pourquoi il a toujours droit à la protection d'une interdiction de publication viole l'art. 7. Comme nous l'avons vu, les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve font en sorte que si l'adolescent est incapable de convaincre le tribunal qu'il y a lieu de lui infliger une peine spécifique, une peine applicable aux adultes est alors infligée. Lorsqu'une peine applicable aux adultes lui est infligée, l'adolescent ne bénéficie plus de la protection d'une interdiction de publication. Toutefois, même si l'adolescent réussit à s'acquitter du fardeau de preuve inversé et obtient une peine spécifique, la *LSJPA* lui impose un fardeau additionnel en l'obligeant à demander l'interdiction dont est normalement assortie la peine spécifique.

[84] Comme nous l'avons déjà vu, le sous-al. 3(1)(b)(iii) *LSJPA* précise que, dans l'application de la loi, il faut mettre l'accent sur « la prise de mesures procédurales supplémentaires » pour les adolescents, « notamment en ce qui touche leur vie privée ». Les auteurs reconnaissent que la [TRADUCTION] « publication accroît la perception d'un adolescent qu'il est un contrevenant, nuit à la capacité de la famille de lui apporter de l'aide et affecte ses relations avec ses pairs, ses professeurs et la collectivité qui l'entoure » (Nicholas Bala, *Young Offenders Law* (1997), p. 215). Le professeur Doob, dont les propos ont été cités par la cour dans le *Renvoi québécois*, a témoigné à ce sujet devant le Comité permanent de la justice :

Je crois que vous auriez beaucoup de mal à trouver un seul professionnel du domaine en faveur de la publication des noms. Depuis que cela a été proposé en mai 1998, je n'ai jamais entendu quelqu'un exprimer un seul argument raisonné, fondé sur des principes, en sa faveur.

Now, there are some other arguments for doing it having to do essentially with vindictiveness, but in terms of actually trying to be constructive in any way, as I said, I would certainly find it very difficult to find anybody who has done any research on this kind of issue who would support it. It just seems to me to be a gratuitous meanness.

(*Quebec Reference*, at para. 278)

[85] International instruments have also recognized the negative impact of such media attention on young people. The *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (“Beijing Rules”) (adopted by General Assembly Resolution A/RES/40/33 on November 29, 1985) provide in Rule 8 (“Protection of privacy”) that “[t]he juvenile’s right to privacy shall be respected at all stages in order to avoid harm being caused to her or him by undue publicity or by the process of labelling” and declare that “[i]n principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published”.

[86] The Ontario Court of Appeal, echoing the Quebec Court of Appeal, recognized the impact of “stigmatizing and labelling” the young person, which can “damage” the offender’s “developing self-image and his sense of self-worth” (para. 76).

[87] The foregoing demonstrates that lifting a ban on publication makes the young person vulnerable to greater psychological and social stress. Accordingly, it renders the sentence significantly more severe. A publication ban is part of a young person’s sentence (s. 75(4)). It is therefore subject to the same presumption as the rest of his or her sentence. Losing the protection of a publication ban renders the sentence more severe. The onus should therefore be, as with the imposition of an adult sentence, on the Crown to justify the enhanced severity, rather than on the youth to justify retaining the protection to which he or she is otherwise presumed to be entitled. The reversal of this onus too is a breach of s. 7.

Certains autres arguments qui y sont favorables ont trait essentiellement à la vengeance, mais pour ce qui est d’essayer vraiment d’être constructif, comme je l’ai dit, j’aurais certainement beaucoup de difficulté à trouver quelqu’un qui a fait des recherches sur ce genre de question et qui appuierait une telle chose. Ce me semble simplement être de la méchanceté tout à fait gratuite.

(*Renvoi québécois*, par. 278)

[85] Certains instruments internationaux ont également reconnu l’effet négatif d’une telle couverture médiatique sur les adolescents. La règle 8 (« Protection de la vie privée ») de l’*Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs* (« Règles de Beijing ») (adopté par l’Assemblée générale dans sa résolution A/RES/40/33 du 29 novembre 1985) prévoit que « [l]e droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être respecté à tous les stades afin d’éviter qu’il ne lui soit causé du tort par une publicité inutile et par la qualification pénale », et qu’« [e]n principe, aucune information pouvant conduire à l’identification d’un délinquant juvénile ne doit être publiée ».

[86] La Cour d’appel de l’Ontario, abondant dans le sens de la Cour d’appel du Québec, a reconnu l’effet que peuvent avoir [TRADUCTION] « la stigmatisation et l’étiquetage » d’un adolescent, et notamment le « dommage » qu’ils peuvent causer « à l’image qu’il se fait de lui-même et à son estime de soi » (par. 76).

[87] Tous ces éléments démontrent que la levée d’une interdiction de publication rend l’adolescent vulnérable à un stress psychologique et social plus grand. Par conséquent, elle accroît beaucoup la sévérité de la peine. L’interdiction de publication fait partie de la peine infligée à un adolescent (par. 75(4)). Elle fait donc l’objet de la même présomption que le reste de sa peine. La perte de la protection d’une interdiction de publication accroît la sévérité de la peine. En conséquence, comme c’est le cas lorsqu’une peine applicable aux adultes est infligée, il devrait incomber au ministère public de justifier la sévérité accrue, plutôt qu’à l’adolescent de justifier le maintien de la protection à laquelle il est, par ailleurs, présumé avoir droit. L’inversion de ce fardeau viole aussi l’art. 7.

[88] This brings us to the issue of whether the breaches are justifiable under s. 1 of the *Charter*.

[89] This Court has previously noted that violations of s. 7 are seldom salvageable by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 518, Lamer J. observed that “[s]ection 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like.” Wilson J., who concurred in the judgment, declared: “I cannot think that the guaranteed right in s. 7 which is to be subject *only* to limits which are reasonable and justifiable in a free and democratic society can be taken away by the violation of a principle considered fundamental to our justice system” (p. 531 (emphasis in original)). In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court held a provision of the *Narcotic Control Act* to be unconstitutional because it required the defendant to prove that, having been found guilty of possession, he was not also guilty of possession for the purpose of trafficking.

[90] On the other hand, reverse onus provisions have not always failed the s. 1 analysis when they were impugned under s. 11(d) of the *Charter* guaranteeing the presumption of innocence. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, this Court upheld a statutory provision putting the onus on the accused to prove insanity in a criminal case. Section 16(4) of the *Criminal Code* provided at that time that “[e]very one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane” (p. 1314). While acknowledging that the provision violated s. 11(d), it was held by the Court to be saved by s. 1. The Court justified its conclusion because of what it found to be the “impossibly onerous burden of disproving insanity” in every case (p. 1337). In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, this Court upheld the constitutionality of a reverse onus provision in s. 36 of the *Competition*

[88] Cela nous amène à déterminer si ces violations sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

[89] Notre Cour a déjà fait remarquer que les violations de l'art. 7 sont rarement justifiables au regard de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 518, le juge Lamer fait remarquer que « [l]'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. » La juge Wilson, qui a souscrit au jugement, a déclaré ceci : « Je ne puis croire que la violation d'un principe considéré comme fondamental dans notre système de justice puisse priver quelqu'un du droit garanti par l'art. 7, qui peut être restreint *seulement* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique » (p. 531 (souligné dans l'original)). Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour a décidé qu'une disposition de la *Loi sur les stupéfiants* était inconstitutionnelle parce qu'elle exigeait que le défendeur déclaré coupable de possession prouve qu'il n'était pas également coupable de possession aux fins de trafic.

[90] En revanche, les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve ayant fait l'objet d'une contestation fondée sur l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit à la présomption d'innocence, n'ont pas toujours été invalidées à la suite de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, notre Cour a confirmé la validité d'une disposition législative qui imposait à l'accusé dans un procès criminel l'obligation de prouver l'aliénation mentale. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* prévoyait à l'époque que « [j]usqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit » (p. 1314). Tout en reconnaissant que cette disposition violait l'al. 11d), la Cour a conclu qu'elle était justifiée au regard de l'article premier. La Cour a justifié sa conclusion par ce qu'elle a qualifié de « charge écrasante de prouver l'inexistence de l'aliénation » dans

*Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. It also upheld a reverse onus provision (by which the defendant could escape conviction by claiming he had made truthful statements) under hate crime legislation in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, concluding that the impugned provision, which violated s. 11(d) of the *Charter*, could be saved by s. 1.

[91] In this case, the Crown claimed that these sentencing provisions served the goals of accountability, protection of the public, and public confidence in the administration of justice. Even accepting the importance of these objectives, I agree with Goudge J.A. that the reverse onus requirements do not survive either the rational connection or minimal impairment branches of the s. 1 analysis:

Taking as a given that in appropriate serious cases it serves accountability, public protection and public confidence to impose an adult sentence on the young offender and to lift the publication ban, putting the onus on the young person to demonstrate why neither should happen does little if anything to advance these objectives. Surely it is the availability of a more serious outcome (that is, the adult sentence and the lifted publication ban), rather than the placement of the onus on the young person to escape such an outcome, that serves these objectives. Thus, I think there is a want of rational connection between the objectives advanced and the impugned provisions.

Moreover, so far as the more severe outcome does advance the objectives put forward by the Crown, the impugned provisions do not minimally impair the young offender's s. 7 rights. If the onus were on the Crown in each situation — to demonstrate why an adult sentence should be imposed and the publication ban lifted — the

chaque cas (p. 1337). Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, notre Cour a confirmé la constitutionnalité d'une disposition portant inversion du fardeau de la preuve figurant à l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, elle a également confirmé la validité d'une disposition portant inversion du fardeau de la preuve (selon laquelle le défendeur pouvait échapper à une déclaration de culpabilité en soutenant avoir fait des déclarations véridiques) contenue dans une mesure législative sur les crimes haineux, en concluant que la disposition contestée, qui violait l'al. 11d) de la *Charte*, était justifiable au regard de l'article premier.

[91] En l'espèce, le ministère public a soutenu que les dispositions relatives à la détermination de la peine répondaient aux objectifs de responsabilité, de protection du public et de confiance du public dans l'administration de la justice. Tout en reconnaissant l'importance de ces objectifs, je suis d'accord avec le juge Goudge pour dire que les mesures portant inversion du fardeau de la preuve ne satisfont pas aux volets du lien rationnel et de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier :

[TRADUCTION] Même si on tient pour acquis que, dans certains cas graves, l'assujettissement du jeune contrevenant à une peine applicable aux adultes et la levée de l'interdiction de publication répondent aux objectifs de responsabilité, de protection du public et de confiance du public dans l'administration de la justice, obliger l'adolescent à démontrer pourquoi ni l'une ni l'autre de ces mesures ne devraient s'appliquer ne favorise guère la réalisation de ces objectifs. C'est sûrement la possibilité d'une issue plus grave (à savoir l'assujettissement à la peine applicable aux adultes et la levée de l'interdiction de publication), plutôt que le fait d'obliger l'adolescent à s'acquitter du fardeau de la preuve pour éviter une telle issue, qui répond à ces objectifs. Par conséquent, j'estime qu'il n'y a pas de lien rationnel entre les objectifs invoqués et les dispositions contestées.

De plus, dans la mesure où l'issue plus grave favorise effectivement la réalisation des objectifs invoqués par le ministère public, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte minimale aux droits que l'art. 7 garantit au jeune contrevenant. S'il incombait dans tous les cas au ministère public de démontrer pourquoi il y a

objectives would be achieved without infringing on the young offender's s. 7 rights at stake in this case. [paras. 86-87]

[92] I share these views, and am persuaded that Parliament's objectives can as easily be met by placing the onus on the Crown.

[93] This does not make young persons less accountable for serious offences; it makes them *differently* accountable. Nor does it mean that a court cannot impose an adult sentence on a young person. It means that before a court can do so, the Crown, not the young person, should have the burden of showing that the presumption of diminished moral culpability has been rebutted and that the young person is no longer entitled to its protection.

[94] Promoting the protection of the public is equally well served by putting this onus on the Crown, where it belongs. The Crown may still persuade a youth court judge that an adult sentence or the lifting of a publication ban is warranted where a serious crime has been committed. And young persons will continue to be accountable in accordance with their personal circumstances and the seriousness of the offence. But the burden of demonstrating that more serious consequences are warranted will be, as it properly is for adults, on the Crown.

[95] Under the presumptive offences regime, an adult sentence is presumed to apply and the protection of a publication ban is presumed to be lost. The impugned provisions place the onus on young persons to satisfy the court that they remain entitled to a youth sentence and to a publication ban. This onus on young persons is inconsistent with the presumption of diminished moral culpability, a principle of fundamental justice which requires the Crown to justify the loss both of a youth sentence and of a publication ban. The impugned provisions are therefore inconsistent with s. 7 of the

lieu d'infliger la peine applicable aux adultes et de lever l'interdiction de publication, les objectifs seraient réalisés sans qu'il y ait atteinte aux droits garantis par l'art. 7 qui sont en cause en l'espèce. [par. 86-87]

[92] Je partage ce point de vue et je suis convaincue qu'il est possible de réaliser aussi facilement les objectifs du législateur en imposant le fardeau de la preuve au ministère public.

[93] Cela a pour effet non pas de rendre les adolescents moins responsables des infractions graves qu'ils commettent, mais plutôt de les rendre responsables *différemment*. Cela ne veut pas dire non plus qu'un tribunal ne peut pas assujettir un adolescent à une peine applicable aux adultes. Cela signifie que, pour qu'un tribunal puisse le faire, il devrait incomber au ministère public, et non à l'adolescent, de démontrer que la présomption de culpabilité morale moins élevée a été réfutée et que l'adolescent n'a plus droit à sa protection.

[94] L'attribution — comme il se doit — de ce fardeau au ministère public répond tout autant à l'objectif consistant à favoriser la protection du public. Le ministère public peut toujours convaincre le juge du tribunal pour adolescents que l'assujettissement à une peine applicable aux adultes ou la levée d'une interdiction de publication sont justifiés dans le cas où un crime grave a été commis. En outre, les adolescents continueront de répondre de leurs actes en fonction de leur situation personnelle et de la gravité de l'infraction commise. Toutefois, comme c'est à juste titre le cas pour les adultes, il incombera au ministère public de démontrer que les conséquences plus sérieuses sont justifiées.

[95] Le régime d'infractions désignées présume l'assujettissement à une peine applicable aux adultes et la perte de la protection offerte par une interdiction de publication. Les dispositions contestées imposent aux adolescents le fardeau de convaincre le tribunal qu'ils ont toujours droit à une peine spécifique et à une interdiction de publication. L'imposition de ce fardeau aux adolescents n'est pas conforme à la présomption de culpabilité morale moins élevée, un principe de justice fondamentale qui oblige le ministère public à justifier la perte tant de l'assujettissement à une peine

*Charter* and are not saved by s. 1. To the extent that they impose this reverse onus, they are unconstitutional.

### *The Sentence*

[96] There is no doubt that D.B. committed a serious offence with tragic consequences. It remains to determine whether the maximum allowable youth sentence he received from Lofchik J. should be set aside.

[97] The purpose of sentencing under the *YCJA* is expressed as follows in s. 38(1):

38. (1) The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

[98] D.B. had been previously convicted for possession of stolen property and robbery, both involving threats and intimidation, and was bound by two separate probation orders at the time of the offence. He had a history of mental health issues and behavioural problems in school.

[99] He expressed remorse for his offence prior to sentencing and had made some positive steps while in pre-trial detention. The predisposition assessment recommended that he be treated in a therapeutic milieu, including a highly structured environment with integrated academic and social programming, and also concluded that societal as well as his personal needs could best be met by keeping D.B. in the juvenile justice correctional system rather than exposing him to more hardened criminals.

[100] Lofchik J. noted that the maximum allowable youth sentence for D.B.'s offence was three

spécifique que du bénéfice d'une interdiction de publication. Les dispositions contestées sont donc incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte* et ne sont pas justifiées au regard de l'article premier. Dans la mesure où elles portent ainsi inversion du fardeau de la preuve, elles sont inconstitutionnelles.

### *La peine*

[96] Il ne fait aucun doute que D.B. a commis une infraction grave qui a eu des conséquences tragiques. Il reste à déterminer si la peine spécifique maximale que lui a imposée le juge Lofchik doit être annulée.

[97] L'objectif de l'assujettissement à une peine sous le régime de la *LSJPA* est énoncé ainsi au par. 38(1) :

38. (1) L'assujettissement de l'adolescent aux peines visées à l'article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

[98] D.B. avait déjà été déclaré coupable de recel et de vol qualifié comportant menaces et intimidation dans les deux cas, et il était soumis à deux ordonnances de probation distinctes à l'époque de l'infraction. Il avait des antécédents psychiatriques et avait manifesté des problèmes de comportement à l'école.

[99] Il a exprimé des remords à l'égard de son infraction avant la détermination de la peine et il avait fait des démarches positives pendant sa détention avant le procès. Dans l'évaluation des prédispositions, on a recommandé que D.B. soit traité dans un milieu thérapeutique, y compris un environnement très structuré comportant des programmes éducatifs et sociaux, et on a également conclu que les besoins de la société et ses besoins personnels seraient mieux comblés si on le laissait dans le système correctionnel pour les adolescents au lieu de l'exposer à des criminels plus endurcis.

[100] Le juge Lofchik a souligné que l'infraction commise par D.B. était punissable d'une peine



years. Acknowledging that the offence had to be considered “most serious”, Lofchik J. described the act as “stupid, impulsive . . . borne of exuberance of youth and a misguided need for ‘image’ before the offender’s peers” leading to a “tragic outcome”. In response to the Crown’s concerns about the maturity, character, background and previous record of the person, Lofchik J. felt that they could be addressed by the intensive rehabilitative custody and supervision order provisions of the *YCJA*. He concluded that “the need for rehabilitation of this offender and . . . the protection of society are better achieved through the intensive rehabilitation programme available through a youth sentence than through a more protracted period of incarceration which may result from the imposition of an adult sentence”. He sentenced D.B. to the maximum allowable sentence of intensive rehabilitative custody and supervision order for a period of three years — a continuous period of intensive rehabilitative custody for a period of 30 months, with the remainder of the sentence to be served under conditional supervision in the community.

[101] I agree with the rationale articulated by Goudge J.A. for upholding the sentence:

Section 72(1) of the *YCJA* sets out a number of matters to be considered by the youth justice court in reaching its opinion about whether a youth sentence would be sufficient. The reasons for sentence of the trial judge reflect that he did so. His weighing of these matters to reach his opinion about sufficiency is a task that must attract deference in this court. The Crown does not suggest that he acted on an improper principle or considered extraneous matters. It essentially argues that he did the weighing wrongly. In my view, that is not enough to warrant the setting aside of his decision.

With respect to the publication ban, the Crown did not make any submissions to support lifting it once the trial judge decided the onus question. Since the respondent clearly thought the ban should continue, I think the trial judge could properly proceed on the basis that no one challenged that it should be continued and that it

spécifique maximale de trois ans. Le juge Lofchik a décrit l’acte en cause comme un acte [TRADUCTION] « stupide, impulsif [. . .] résultant de l’exubérance de la jeunesse et d’un besoin malencontreux de projeter une certaine “image” devant ses pairs » qui avait mené à une « issue tragique ». Le juge Lofchik a estimé qu’on pouvait répondre aux préoccupations du ministère public concernant la maturité, la personnalité, les antécédents et les condamnations antérieures de cette personne en appliquant les dispositions de la *LSJPA* relatives aux ordonnances de placement et surveillance dans le cadre d’un programme intensif de réadaptation. Il a conclu que [TRADUCTION] « le programme intensif de réadaptation dans le cadre d’une peine spécifique répond mieux à la nécessité de réadapter cette personne et de protéger la société qu’une plus longue période d’incarcération qui peut résulter de l’assujettissement à une peine applicable aux adultes ». Il a infligé à D.B., par une ordonnance de placement et de surveillance dans le cadre d’un programme intensif de réadaptation, la peine maximale de trois ans, dont les 30 premiers mois seraient purgés sous garde de façon continue dans le cadre d’un programme intensif de réadaptation, et les autres mois, en liberté sous condition au sein de la collectivité.

[101] Je souscris au raisonnement suivi par le juge Goudge pour confirmer la peine :

[TRADUCTION] Le paragraphe 72(1) *LSJPA* énonce un certain nombre d’éléments que le tribunal pour adolescents doit prendre en compte pour déterminer si une peine spécifique serait suffisante. Il ressort des motifs justifiant la peine que c’est ce que le juge de première instance a fait. Notre cour doit faire montre de déférence à l’égard de l’appréciation que le juge de première instance a faite de ces éléments pour se prononcer sur le caractère suffisant d’une telle peine. Le ministère public n’affirme pas qu’il s’est fondé sur un mauvais principe ou qu’il a tenu compte d’éléments non pertinents. Il fait essentiellement valoir que le juge a mal évalué les éléments en question. À mon avis, cela ne justifie pas l’annulation de sa décision.

Le ministère public n’a avancé aucun argument à l’appui de la levée de l’interdiction de publication après que le juge de première instance s’est prononcé sur la question du fardeau de la preuve. Étant donné que l’intimé était nettement d’avis que l’interdiction devait être maintenue, je pense que le juge de première instance pouvait à

was appropriate in the circumstances to leave the ban in place. I see no error in the trial judge's order to that effect.

In summary, therefore, I see no reviewable error in the substantive dispositions made by the trial judge on the nature of the respondent's sentence and the continuation of the publication ban. [paras. 90-92]

[102] The appeal is therefore dismissed.

The reasons of Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting in part) —

#### I. Introduction

[103] I have read the reasons of my colleague Justice Abella. She is of the opinion that the provisions of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), at issue in this appeal violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my respectful view, they do not.

[104] The YCJA creates a regime of presumptive offences committed by young persons aged 14 to 17 inclusive:

- (1) murder in the first and second degrees;
- (2) attempted murder;
- (3) manslaughter;
- (4) aggravated sexual assault; and
- (5) a third conviction for a serious violent offence (s. 2).

[105] If a young person is found guilty of one of these offences, two presumptions arise. The first is that the young person will be sentenced as an adult under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for those crimes. The second is that the publication ban that otherwise applies to young offenders will not be applicable.

juste titre tenir pour acquis que personne ne contestait le maintien de cette interdiction et qu'il convenait dans les circonstances de la maintenir. Je ne vois aucune erreur dans l'ordonnance que le juge de première instance a rendue à cet égard.

Bref, j'estime donc que le juge de première instance n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision dans les conclusions de fond qu'il a tirées au sujet de la nature de la peine de l'intimé et du maintien de l'interdiction de publication. [par. 90-92]

[102] Le pourvoi est donc rejeté.

Version française des motifs des juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident en partie) —

#### I. Introduction

[103] J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Abella. Celle-ci estime que les dispositions de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« LSJPA »), qui sont en cause dans le présent pourvoi, violent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'estime, en toute déférence, que ce n'est pas le cas.

[104] La LSJPA crée un régime d'infractions désignées commises par des adolescents âgés de 14 à 17 ans inclusivement :

- (1) meurtre au premier degré et meurtre au deuxième degré;
- (2) tentative de meurtre;
- (3) homicide involontaire coupable;
- (4) agression sexuelle grave;
- (5) troisième déclaration de culpabilité d'infraction grave avec violence (art. 2).

[105] Deux présomptions prennent naissance lorsqu'un adolescent est reconnu coupable de l'une de ces infractions. La première présomption veut que l'adolescent soit assujéti à une peine applicable aux adultes en application des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à ces crimes. La deuxième présomption veut que

Both presumptions may be rebutted on application.

[106] I agree with Abella J. that young persons are entitled, based on their reduced maturity and judgement, to a presumption of diminished moral blameworthiness and that this presumption is a principle of fundamental justice. It is on the issue of whether this principle of fundamental justice creates further presumptions of youth sentences lower than adult sentences and of a publication ban that we disagree.

[107] In my respectful view, the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons as a principle of fundamental justice does not lead to the further presumption of a youth sentence or a publication ban, as held by Abella J. Parliament considered the competing interests, on the one hand, of young persons to have their reduced moral blameworthiness taken into account and, on the other, of society to be protected from violent young offenders and to have confidence that the youth justice system ensures the accountability of violent young offenders as it was entitled to do. That the *YCJA* presumes adult sentences and publication for serious violent offences is in accordance with principles of fundamental justice because it in no way precludes a youth sentence or a publication ban where considered appropriate by the youth criminal justice court. Further, to focus solely on the presumption of adult sentences and publication ignores the entire presumptive sentencing and publication scheme which provides extensive protections for young offenders who have committed serious violent offences and recognizes the presumption of reduced moral blameworthiness, properly defined.

l'interdiction de publication par ailleurs applicable aux jeunes contrevenants ne s'applique pas. Les deux présomptions peuvent être réfutées à la suite d'une demande en ce sens.

[106] Je conviens avec la juge Abella que, parce qu'ils sont moins matures et ont moins de jugement, les adolescents ont droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée et que cette présomption est un principe de justice fondamentale. Notre désaccord porte sur la question de savoir si ce principe de justice fondamentale donne naissance à d'autres présomptions d'interdiction de publication et d'assujettissement à des peines spécifiques moins sévères que celles applicables aux adultes.

[107] À mon avis, la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents, en tant que principe de justice fondamentale, ne donne pas naissance à la présomption additionnelle d'interdiction de publication ou d'assujettissement à une peine spécifique, comme l'a conclu la juge Abella. Comme il avait le droit de le faire, le législateur a tenu compte des intérêts qui s'opposent, soit, d'une part, l'intérêt des adolescents à ce que leur culpabilité morale moins élevée soit prise en considération et, d'autre part, l'intérêt de la société à être protégée contre les jeunes contrevenants violents et à être assurée que le système de justice pour les adolescents garantit que les jeunes contrevenants violents répondent de leurs actes. La présomption de la *LSJPA* qu'il y a publication et assujettissement aux peines applicables aux adultes dans le cas d'une infraction grave avec violence est conforme aux principes de justice fondamentale parce qu'elle ne fait aucunement obstacle à l'infliction d'une peine spécifique ou à une interdiction de publication lorsque le tribunal pour adolescents estime que cette mesure est indiquée. De plus, en mettant l'accent uniquement sur la présomption de publication et d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, on ne tient pas compte de l'ensemble du régime de publication et de peines applicables aux infractions désignées, qui offre d'importantes protections aux jeunes contrevenants ayant commis des infractions graves avec violence et qui reconnaît la présomption de culpabilité morale moins élevée, au sens qu'il convient de lui donner.

[108] The presumptive offence scheme *significantly* recognizes the age, reduced maturity and increased vulnerability of young persons and, as a result, it complies with the principles of fundamental justice.

[109] I do not agree with Abella J. that the publication and sentencing provisions create a reverse onus which contravenes the principle of fundamental justice requiring that the Crown bear the burden of proving aggravating sentencing circumstances. First, even though the legislative scheme treats a publication ban as part of the sentence for appeal purposes, the potential publication is neither state imposed nor part of the young person's sentence in fact. Second, the impugned provisions in no way relieve the Crown of its burden of proving all aggravating facts on sentencing. In effect, the presumptive sentencing regime simply provides for a higher range of sentences for young persons convicted of the most serious violent offences. Even so, Parliament has provided young offenders with the opportunity to satisfy the youth justice court that the presumptive higher range of sentence or the presumptive publication should not apply. Providing this opportunity to young offenders, especially when the sentencing judge is required to prompt young offenders to take advantage of the opportunity, represents Parliament's approach to balance the status of young offenders with the need to protect society from the perpetrators of the most serious violent crimes. It does not place a "persuasive burden" on young offenders that eliminates the Crown's burden of establishing aggravating sentencing factors.

[110] For these reasons, I am of the opinion that the Crown's appeal on the constitutional questions ought to be allowed.

[108] Le régime d'infractions désignées reconnaît *de façon significative* l'âge, la moins grande maturité et la plus grande vulnérabilité des adolescents et est donc conforme aux principes de justice fondamentale.

[109] Je ne partage pas l'opinion de la juge Abella selon laquelle les dispositions relatives à la publication et à la détermination de la peine créent une inversion du fardeau de la preuve qui viole le principe de justice fondamentale voulant qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de circonstances aggravantes. Premièrement, même si le régime législatif considère qu'une interdiction de publication fait partie de la peine aux fins d'appel, la publication éventuelle n'est pas imposée par l'État et, en réalité, ne fait pas partie non plus de la peine infligée à l'adolescent. Deuxièmement, les dispositions contestées ne dégagent aucunement le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de tous les faits aggravants. En effet, le régime de peines applicables aux infractions désignées ne fait que prescrire une gamme de peines plus sévères pour les adolescents reconnus coupables des infractions avec violence les plus graves. Pourtant, le législateur a donné aux jeunes contrevenants la possibilité de convaincre le tribunal pour adolescents qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la présomption de publication ou d'assujettissement à des peines plus sévères. Cette possibilité qui est donnée aux jeunes contrevenants — particulièrement lorsque le juge chargé de déterminer la peine est tenu de les inciter à s'en prévaloir — représente l'approche du législateur pour ce qui est d'établir un équilibre entre la situation des jeunes contrevenants et la nécessité de protéger la société contre les auteurs des crimes avec violence les plus graves. Elle n'impose pas aux jeunes contrevenants un « fardeau de persuasion » qui dégage le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de facteurs aggravants.

[110] Pour ces motifs, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi du ministère public en ce qui concerne les questions constitutionnelles.

## II. Facts

[111] The following facts are found in the Statement of Facts for Guilty Plea (Appellant's Record, Exhibit 1, at pp. 164-66).

[112] On December 13, 2003, D.B., who was 17 at the time, went to a shopping mall in Hamilton with some friends. They began exchanging insults with another group of young men and two of them decided to fight. When the fight between those two began outside the mall, D.B. turned to Jonathan Romero and said "Me and you are going to fight right now". Romero said "No". Romero was watching the others fight with his arms down at his sides when D.B. punched him on the right side of his neck and face area. The punch was described as a "sucker punch" meaning that Romero was neither prepared nor ready for the punch. Romero fell to the ground from the force of D.B.'s punch. D.B. then continued the assault by jumping on top of Romero and punching him four more times on the face and neck. Romero was knocked unconscious and unable to defend himself.

[113] D.B. then fled back towards the shopping mall. The two other combatants stopped fighting and, along with three employees of a nearby store, came to the aid of the victim. An ambulance was called. When it arrived, Romero had no vital signs. Romero later died of his injuries.

[114] Inside the shopping mall, D.B. was heard to say: "You missed it, it was one punch, the guy's not even fuckin' moving." D.B. changed his clothes in a nearby restaurant, stowed the old clothes in a knapsack and gave the knapsack to another person. He then went to the home of one of his friends, talking about the fight on the way. Later that evening, D.B. went to a nightclub. He left with some friends in a taxi around closing time.

## II. Faits

[111] Les faits suivants figurent dans l'exposé des faits étayant un plaidoyer de culpabilité (dossier de l'appelante, pièce 1, p. 164-166).

[112] Le 13 décembre 2003, D.B., alors âgé de 17 ans, s'est rendu dans un centre commercial de Hamilton avec des amis. Ceux-ci et un autre groupe de jeunes hommes ont commencé à s'invectiver et deux d'entre eux ont décidé de se battre. Au moment où ces deux personnes ont commencé à se bagarrer à l'extérieur du centre commercial, D.B. s'est tourné vers Jonathan Romero et lui a dit [TRADUCTION] « Toi et moi, nous allons nous battre tout de suite ». Monsieur Romero a répondu « Non ». Celui-ci, qui se tenait debout les bras le long du corps, regardait les autres se battre lorsque D.B. lui a asséné des coups de poing au côté droit du cou et au visage. Ces coups de poing ont été qualifiés de [TRADUCTION] « coups bas », en ce sens que M. Romero ne s'attendait pas à les recevoir et a été pris au dépourvu. Ce dernier est tombé au sol sous la force des coups de D.B., qui a poursuivi l'attaque en sautant sur lui et en lui assénant quatre autres coups de poing au visage et au cou. Monsieur Romero, qui a perdu connaissance, a été incapable de se défendre.

[113] D.B. s'est ensuite enfui vers le centre commercial. Les deux autres jeunes hommes ont cessé de se bagarrer et, en compagnie de trois employés d'un magasin avoisinant, ont porté secours à la victime. Une ambulance a été appelée. À l'arrivée des ambulanciers, M. Romero n'avait plus de signes vitaux. Plus tard, il est décédé des suites de ses blessures.

[114] À l'intérieur du centre commercial, on a entendu D.B. affirmer : [TRADUCTION] « Vous avez manqué ça, c'était tout un coup de poing, putain, le gars n'a même pas bougé. » D.B. a changé de vêtements dans un restaurant avoisinant, a placé les vêtements qu'il avait enlevés dans un sac à dos qu'il a remis à une autre personne. Il s'est ensuite rendu chez un ami et, chemin faisant, il a parlé de la bagarre. Plus tard, le même soir, D.B. est allé dans une boîte de nuit. Vers l'heure de la fermeture, il a quitté l'endroit en taxi en compagnie d'amis.

[115] In the taxi, D.B. learned via cellular telephone that Romero had died. He stayed the night at the home of one of his friends. When the police arrived at the friend's home the following morning, D.B. attempted to flee out the back door, but was subsequently caught and arrested.

[116] D.B. pleaded guilty and was convicted of manslaughter. He made an application to receive a youth sentence, which was opposed by the Crown.

[117] D.B. had had frequent physical altercations with peers and had been suspended from high school numerous times, primarily for disruptive behaviour, verbal aggression, and disrespectful and intimidating conduct towards school staff. At the time of the offence, D.B. was bound by two separate probation orders, arising out of prior convictions for possession of stolen property and robbery. Both offences involved threats and intimidation. While he was in custody awaiting disposition and sentence for manslaughter, D.B. was involved in several assaultive incidents with other inmates and staff members (see Predisposition Assessment, Appellant's Record, at pp. 184-85).

[118] As a result of the Crown opposing his youth sentence application, D.B. challenged the constitutionality of the presumptive offence provisions of the *YCJA*. The sentencing judge allowed the *Charter* challenge ((2004), 72 O.R. (3d) 605 (S.C.J.)). He imposed a youth sentence of 30 months in a juvenile correctional facility. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, holding that the presumptive offence provisions violated s. 7 of the *Charter* and were not saved under s. 1 ((2006), 79 O.R. (3d) 698).

[115] Dans le taxi, D.B. a appris, au téléphone cellulaire, que M. Romero était décédé. Il a passé la nuit chez un ami. Lorsque les policiers se sont présentés au domicile de ce dernier le lendemain matin, D.B. a tenté de s'enfuir par la porte arrière, mais il a par la suite été attrapé et mis en état d'arrestation.

[116] D.B. a plaidé coupable et a été condamné pour homicide involontaire coupable. Il a présenté une demande d'assujettissement à une peine spécifique, à laquelle s'est opposé le ministère public.

[117] D.B. en était souvent venu aux coups avec ses pairs et il avait, à maintes reprises, été suspendu de l'école secondaire qu'il fréquentait, principalement pour cause d'indiscipline, de violence verbale et de comportement irrespectueux et intimidant envers le personnel de l'école. À l'époque de l'infraction, il était soumis à deux ordonnances de probation distinctes résultant de déclarations de culpabilité antérieures qui avaient été prononcées contre lui pour des infractions de recel et de vol qualifié comportant menaces et intimidation dans les deux cas. Pendant la période qu'il a passée sous garde avant le prononcé du verdict et la détermination de la peine concernant l'accusation d'homicide involontaire coupable, D.B. a participé à plusieurs épisodes de violence avec d'autres détenus et des membres du personnel (voir l'évaluation des prédispositions, dossier de l'appelante, p. 184-185).

[118] À la suite de l'opposition du ministère public à sa demande d'assujettissement à une peine spécifique, D.B. a contesté la constitutionnalité des dispositions de la *LSJPA* relatives aux infractions désignées. Le juge chargé de déterminer la peine a fait droit à la contestation fondée sur la *Charte* ((2004), 72 O.R. (3d) 605 (C.S.J.)). Il a infligé une peine spécifique de 30 mois à purger dans un établissement correctionnel pour jeunes. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public, concluant que les dispositions relatives aux infractions désignées violaient l'art. 7 de la *Charte* et n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier ((2006), 79 O.R. (3d) 698).

### III. Analysis

[119] The constitutionality of the sentencing and publication ban provisions of the *YCJA* in the case of presumptive offences is at issue. The basis of the challenge is that these provisions presume the imposition of adult sentences and permit publication of a young offender's identity. It is said that the onus is placed on the young person, rather than the Crown, since it is the young offender who must persuade the court that, contrary to the presumptions, a youth sentence and a publication ban are appropriate. It is argued that this constitutes a *reverse onus* and is a violation of s. 7 of the *Charter*.

[120] These reasons first address the constitutionality of the presumptive offence sentencing provisions by (1) determining whether there is a deprivation of s. 7 interests, (2) examining the applicable principles of fundamental justice and (3) determining whether the deprivation is in accordance with them. The reasons next address the constitutionality of the publication provisions by applying the same approach.

#### A. *Sentencing Provisions*

##### (1) Section 7 Interests

[121] Section 7 of the *Charter* guarantees "the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". This requires proof first, of a deprivation of the right to life, liberty or security of the person, and second, that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice. If both are established, there will be a violation of s. 7. The Crown then bears the burden of justifying the deprivation of the s. 7 right under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are "subject only to such reasonable limits

### III. Analyse

[119] Est en cause la constitutionnalité des dispositions de la *LSJPA* relatives à la détermination de la peine et à l'interdiction de publication dans le cas des infractions désignées. Ces dispositions sont contestées pour le motif qu'elles créent une présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes et permettent la publication de l'identité d'un jeune contrevenant. On affirme que le fardeau de la preuve incombe ainsi à l'adolescent, plutôt qu'au ministère public, étant donné que c'est l'adolescent qui doit convaincre le tribunal que, contrairement aux présomptions, une peine spécifique et une interdiction de publication sont indiquées. On fait valoir que cela constitue une *inversion du fardeau de la preuve* et une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[120] Dans les présents motifs, j'examine d'abord la constitutionnalité des dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées (1) en déterminant s'il y a atteinte aux droits garantis par l'art. 7, (2) en examinant les principes de justice fondamentale applicables et (3) en déterminant si l'atteinte est conforme à ces principes. J'adopte ensuite la même approche pour examiner la question de la constitutionnalité des dispositions relatives à la publication.

#### A. *Dispositions relatives à la détermination de la peine*

##### (1) Droits garantis par l'art. 7

[121] L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et précise qu'« il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cette disposition oblige à prouver, premièrement, qu'il y a atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et, deuxièmement, que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Si ces deux éléments sont établis, il y a violation de l'art. 7. Il incombe alors au ministère public de justifier l'atteinte au droit garanti par l'art. 7, et ce, au regard de l'article premier, qui prévoit que les

prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9, at para. 12.

[122] As conceded by the Crown, the possibility of an adult sentence engages a young offender’s s. 7 right to liberty. The young offender is exposed to the adult sentencing regime rather than the youth sentencing scheme and, as a result, to longer sentences. As such, if a young offender is sentenced as an adult, there is a deprivation of liberty since the duration of the restriction of the young offender’s liberty interest is affected (*R. v. B. (S.R.)* (2008), 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48, at para. 30). This possibility of an adult sentence constitutes a deprivation of the s. 7 right to liberty: *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, at p. 464, per Lamer J. (as he then was).

[123] I next turn to the applicable principles of fundamental justice.

(2) Applicable Principles of Fundamental Justice

[124] In her reasons, Abella J. holds that the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons is a principle of fundamental justice. She states that from this principle of fundamental justice follows the presumption of lower sentences for young offenders. Although the Ontario Court of Appeal formulated a different principle of fundamental justice, that of the separate treatment of young and adult offenders, it also held that this entitles young offenders to a presumption of lower sentences. I will examine both proposed principles of fundamental justice separately. Then, I will refer to the principle of fundamental justice that in sentencing, the Crown bears the burden of

droits garantis par la *Charte* « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 12.

[122] Comme l’a concédé le ministère public, la possibilité d’infliger une peine applicable aux adultes met en cause le droit à la liberté que l’art. 7 garantit à un jeune contrevenant. Le jeune contrevenant risque d’être assujéti au régime de peines applicables aux adultes plutôt qu’au régime de peines spécifiques et est donc passible de peines plus longues. Par conséquent, si le jeune contrevenant est assujéti à une peine applicable aux adultes, il y a alors atteinte à sa liberté étant donné que cette mesure a une incidence sur la durée de la restriction de son droit à la liberté (*R. c. B. (S.R.)* (2008), 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48, par. 30). La possibilité d’infliger une peine applicable aux adultes constitue une atteinte au droit à la liberté garanti par l’art. 7 : *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, p. 464, le juge Lamer (plus tard Juge en chef).

[123] Je vais maintenant examiner les principes de justice fondamentale applicables.

(2) Principes de justice fondamentale applicables

[124] Dans ses motifs, la juge Abella conclut que la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est un principe de justice fondamentale. Selon elle, ce principe de justice fondamentale donne naissance à la présomption d’assujétissement des jeunes contrevenants à des peines moins sévères. Bien que la Cour d’appel de l’Ontario ait formulé un principe de justice fondamentale différent, selon lequel le traitement des jeunes contrevenants doit être distinct de celui des contrevenants adultes, elle a également conclu que ce principe confère aux jeunes contrevenants le droit à une présomption d’assujétissement à des peines moins sévères. Je vais examiner séparément les



establishing aggravating factors that would justify a more severe penalty.

- (a) *Abella J.'s Formulation: Is the Presumption of Reduced Moral Blameworthiness of Young Persons a Principle of Fundamental Justice?*

[125] In her reasons, Abella J. holds that the presumption of reduced maturity and increased vulnerability of young persons must be taken into account by the justice system. I agree with her and with her analysis of how this principle meets all three of the requirements of a principle of fundamental justice, set out by this Court in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. The presumption of reduced moral blameworthiness of young persons is (1) a legal principle (2) about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way the legal system ought to fairly operate and (3) it is sufficiently precise to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person: *Malmo-Levine*, at para. 113.

[126] The controversy is what follows from this presumption of reduced moral blameworthiness: Is a presumption of lower sentences for young offenders a necessary attribute of this presumption of reduced moral blameworthiness?

- (b) *Ontario Court of Appeal's Formulation: Is the Separate Treatment of Young and Adult Offenders a Principle of Fundamental Justice?*

[127] The Ontario Court of Appeal determined that the separate treatment of young and adult offenders is a principle of fundamental justice (*per* Goudge J.A., at para. 55). Although this formulation differs *in form* from the one advanced by Abella J.,

deux principes de justice fondamentale proposés. Ensuite, je vais traiter du principe de justice fondamentale voulant qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de facteurs aggravants qui justifieraient une peine plus sévère.

- a) *Formulation de la juge Abella : La présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est-elle un principe de justice fondamentale?*

[125] Dans ses motifs, la juge Abella conclut que le système de justice doit prendre en compte la présomption que les adolescents sont moins matures et plus vulnérables. Je partage son opinion et je souscris à son analyse de la façon dont ce principe satisfait aux trois exigences d'un principe de justice fondamentale, qui sont énoncées dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74. La présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est (1) un principe juridique (2) à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et (3) qui est suffisamment précis pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne : *Malmo-Levine*, par. 113.

[126] Le différend porte sur ce qui découle de cette présomption de culpabilité morale moins élevée : la présomption d'assujettissement des jeunes contrevenants à des peines moins sévères est-elle un attribut nécessaire de la présomption de culpabilité morale moins élevée?

- b) *Formulation de la Cour d'appel de l'Ontario : Le principe selon lequel le traitement des jeunes contrevenants doit être distinct de celui des contrevenants adultes est-il un principe de justice fondamentale?*

[127] La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le principe selon lequel le traitement des jeunes contrevenants doit être distinct de celui des contrevenants adultes est un principe de justice fondamentale (le juge Goudge, par. 55). Bien que, *sur le plan de la*

*in substance*, it also requires that the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons must be taken into account. As stated above, I agree that the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons is a principle of fundamental justice.

(c) *Is the Presumption of Youth Sentences a Principle of Fundamental Justice?*

[128] Abella J. and Goudge J.A. both conclude that a further presumption of youth sentences for young offenders necessarily follows from the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons.

[129] Abella J. and Goudge J.A. do not expressly state that the presumption of the imposition of youth sentences is a principle of fundamental justice. However, I think it must follow that if, as they hold, the principle of reduced moral blameworthiness leads inevitably to the presumption of youth sentences, the presumption of youth sentences must also be a principle of fundamental justice. In other words, fundamental justice requires that there always be a presumption of youth sentences.

[130] I do not agree that the presumption of youth sentences is a principle of fundamental justice. First, there is no such thing as a youth sentence in the abstract. What constitutes a *youth sentence* as opposed to an *adult sentence* depends on the particular legislative sanctions in force at the relevant time. Further, there may be much overlap between the range of sentences that can be imposed on a young person and that which can be imposed on an adult offender for any given offence. Therefore, the presumption of youth sentences cannot be “identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of . . . liberty” so as to establish a constitutional norm: *Malmo-Levine*, at para. 113.

*forme*, cette formulation diffère de celle proposée par la juge Abella, *sur le plan du fond*, elle exige également que la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents soit prise en compte. Comme nous l’avons vu, je conviens que la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est un principe de justice fondamentale.

c) *La présomption d’assujettissement à une peine spécifique est-elle un principe de justice fondamentale?*

[128] La juge Abella et le juge Goudge concluent tous les deux qu’une présomption additionnelle d’assujettissement des jeunes contrevenants à des peines spécifiques découle nécessairement de la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents.

[129] La juge Abella et le juge Goudge n’affirment pas expressément que la présomption d’assujettissement à une peine spécifique est un principe de justice fondamentale. Toutefois, j’estime que si, comme ils le concluent, le principe de la culpabilité morale moins élevée donne inévitablement lieu à la présomption d’assujettissement à une peine spécifique, il s’ensuit forcément que cette dernière présomption est, elle aussi, un principe de justice fondamentale. Autrement dit, la justice fondamentale exige qu’il y ait, dans tous les cas, une présomption d’assujettissement à une peine spécifique.

[130] Je n’accepte pas que la présomption d’assujettissement à une peine spécifique est un principe de justice fondamentale. Premièrement, il n’existe pas de peine spécifique dans l’abstrait. Ce qui constitue une *peine spécifique* par opposition à une *peine applicable aux adultes* dépend des sanctions prescrites par la loi à l’époque pertinente. De plus, il peut y avoir beaucoup de points communs entre les peines qui peuvent être infligées à un adolescent et celles qui peuvent être infligées à un contrevenant adulte pour une infraction donnée. Par conséquent, la présomption d’assujettissement à une peine spécifique ne peut pas être « défini[e] avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la [. . .] liberté » de manière à créer une norme constitutionnelle : *Malmo-Levine*, par. 113.

[131] In addition, there is no societal consensus that such a presumption is a vital component of our notion of justice. Although there is societal consensus that young persons are more dependent and vulnerable and that the criminal justice system should take this into account, there is also societal consensus that young offenders must be held accountable for the acts that they commit and that the public must be protected from them. Studies on public perceptions of youth crime suggest that the prevailing views of the public are that youth crime is rising, particularly violent youth crime, and that young offenders are handled too leniently by youth justice courts: A. N. Doob and C. Cesaroni, *Responding to Youth Crime in Canada* (2004), at pp. 3-13. Studies also suggest that a strong majority of Canadians think that the sentences imposed by youth justice courts are either too lenient or much too lenient: J. B. Sprott, "Understanding Public Opposition to a Separate Youth Justice System" (1998), 44 *Crime & Delinquency* 399, at pp. 399-411, and J. B. Sprott, "Understanding public views of youth crime and the youth justice system" (1996), 38 *Can. J. Crim.* 271, at pp. 281-85. These findings are indicative that there is no societal consensus that youth sentences are a vital component of our notion of justice.

[132] Further, a historical analysis of young offender legislation shows that even though it has existed in Canada since 1908, its purpose and approach have varied significantly. This is indicative of a lack of societal agreement over time that the presumption of youth sentences should apply to young offenders for all offences as a vital component of our notion of justice: N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), at p. 501. Indeed, frequent legislative reform has resulted because of changes in societal perceptions of how young offenders should be treated.

[131] De plus, il n'y a pas de consensus dans la société sur le fait que cette présomption est un élément essentiel de notre conception de la justice. Bien qu'il existe un consensus dans la société sur le fait que les adolescents sont plus dépendants et vulnérables et que le système de justice pénale doit en tenir compte, il y a également un tel consensus sur le fait que les jeunes contrevenants doivent répondre de leurs actes et que la population doit être protégée contre ces personnes. Des études portant sur la perception qu'a la population de la délinquance juvénile indiquent que celle-ci estime généralement qu'il y a une augmentation des crimes, plus particulièrement des crimes avec violence, commis par les jeunes et que les tribunaux pour adolescents sont trop cléments envers ceux-ci : A. N. Doob et C. Cesaroni, *Responding to Youth Crime in Canada* (2004), p. 3-13. Des études indiquent également qu'une forte majorité de Canadiens jugent que les peines infligées par les tribunaux pour adolescents sont soit trop clémentes soit beaucoup trop clémentes : J. B. Sprott, « Understanding Public Opposition to a Separate Youth Justice System » (1998), 44 *Crime & Delinquency* 399, p. 399-411, et J. B. Sprott, « Understanding public views of youth crime and the youth justice system » (1996), 38 *Rev. can. crim.* 271, p. 281-285. Ces conclusions indiquent qu'il n'y a pas de consensus dans la société sur le fait les peines spécifiques sont un élément essentiel de notre conception de la justice.

[132] De surcroît, une analyse historique des lois sur les jeunes contrevenants révèle que, bien que ces lois existent depuis 1908 au Canada, leur objet et leur esprit ont varié considérablement. Cela témoigne de l'absence, au fil des ans, de consensus dans la société sur le fait que la présomption d'assujettissement à une peine spécifique devrait s'appliquer aux jeunes contrevenants, quelle que soit l'infraction qu'ils ont commise, et ce, en tant qu'élément essentiel de notre conception de la justice : N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), p. 501. En réalité, de nombreuses réformes législatives ont résulté des changements de conception que la société a de la façon les jeunes contrevenants doivent être traités.

[133] From 1908 to 1984, the law governing youth crime, the *Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40, was “welfare oriented”, focussing on the treatment needs of individual young persons (see Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 7).

[134] Once a young person was found delinquent, the *Juvenile Delinquents Act* provided that “he shall be dealt with, not as an offender, but as one in a condition of delinquency and therefore requiring help and guidance and proper supervision” (*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46, s. 3(2)). It is noteworthy that, for the first half of the twentieth century, there was relatively little public concern about the legal responses to youth crime: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at pp. 7-9.

[135] By the 1960s, questions were being raised about the welfare-oriented philosophy underlying the *Juvenile Delinquents Act*. There was a growing public controversy about whether promoting the welfare of young persons should be the only principle guiding the societal response to young offenders: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 10. In 1984, the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 (later codified as the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 (“*YOA*”)), replaced the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3. In keeping with societal pressure to get tough on youth criminality, the *YOA* was introduced and represented a change in Canada’s response to youth offending, moving from a welfare-oriented regime to a regime that was criminal law: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 12. The *YOA* provided that “while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions” (s. 3(1)(a)).

[133] De 1908 à 1984, la loi régissant la délinquance juvénile, soit la *Loi des jeunes délinquants, 1908*[8], S.C. 1908, ch. 40, était [TRADUCTION] « axée sur le bien-être », mettant l’accent sur les besoins en matière de traitement de chaque adolescent (voir Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 7).

[134] La *Loi des jeunes délinquants* prévoyait que le jeune reconnu coupable d’avoir commis un délit « [devait] être traité non comme un contrevenant mais comme celui qui est dans un état délictueux et qui, par conséquent, a besoin d’aide et de direction et d’une bonne surveillance » (*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, ch. 46, par. 3(2)). Il convient de noter que, pendant la première moitié du vingtième siècle, la population se souciait relativement peu des mesures juridiques prises pour contrer la délinquance juvénile : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 7-9.

[135] Dès les années 1960, des questions étaient soulevées au sujet de la philosophie axée sur le bien-être qui sous-tendait la *Loi des jeunes délinquants*. Une controverse grandissante régnait au sein de la population quant à savoir si favoriser le bien-être des jeunes devait être le seul principe qui devait guider la réaction de la société face aux jeunes contrevenants : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 10. En 1984, la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 (par la suite codifiée comme étant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »)), a remplacé la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3. Afin de donner suite aux pressions de la société en faveur d’un durcissement des mesures prises pour contrer la délinquance juvénile, le législateur a adopté la *LJC*, qui représentait un changement d’approche du Canada en matière de délinquance juvénile, lequel consistait à passer d’un régime axé sur le bien-être des jeunes à un régime de droit criminel : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 12. La *LJC* prévoyait que « les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits » (al. 3(1)a)).

[136] After its coming into force, the *YOA* underwent major amendments. Many of the changes brought about by the amendments were in response to the public's request for a more punitive approach to young offenders and tougher sentences: S. S. Anand, "Catalyst for Change: The History of Canadian Juvenile Justice Reform" (1999), 24 *Queen's L.J.* 515, at pp. 515-59, and Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at pp. 12-18. For instance, in the 14 years following the proclamation of the *YOA*, the maximum sentence for murder in youth court increased twice and the transfer provisions were amended to stipulate that the "protection of the public" was to be the paramount consideration when deciding on the transfer of young persons into adult courts: Anand, at pp. 515-59, and see for example *An Act to amend the Young Offenders Act and the Criminal Code*, S.C. 1992, c. 11. See also N. Bala, "Dealing with Violent Young Offenders: Transfer to Adult Court and Bill C-58" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 11, and N. Bala, "The 1995 *Young Offenders Act* Amendments: Compromise or Confusion?" (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 643.

[137] In 2002, public concern regarding the level and seriousness of youth crime served, once again, as a catalyst for reform in Canadian youth justice when the *YCJA* was enacted. One of the reasons given by the federal Justice Minister for the new legislation was that "the public believes that the *Young Offenders Act* and youth court judges are too lenient, and questions the ability of the youth justice system to provide meaningful penalties proportionate to the seriousness of offences": Canada, Department of Justice, *A Strategy for the Renewal of Youth Justice* (1998), at p. 6.

[138] From the above historical review of young offender legislation in Canada, it is apparent that frequent legislative reform has occurred because of changes in societal views of how to treat young

[136] D'importantes modifications ont été apportées à la *LJC* après son entrée en vigueur. Plusieurs de ces modifications visaient à répondre aux demandes de la population d'adopter, à l'égard des jeunes contrevenants, une approche plus punitive et des peines plus sévères : S. S. Anand, « Catalyst for Change : The History of Canadian Juvenile Justice Reform » (1999), 24 *Queen's L.J.* 515, p. 515-559, et Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 12-18. Par exemple, au cours des 14 années qui ont suivi la promulgation de la *LJC*, la durée de la peine maximale qu'un tribunal pour adolescent pouvait infliger pour un meurtre a été augmentée à deux reprises, et les dispositions relatives au renvoi ont été modifiées de manière à accorder une importance prépondérante à la « protection du public » au moment de décider s'il a lieu de renvoyer un jeune devant un tribunal pour adultes : Anand, p. 515-559, et voir, par exemple, la *Loi modifiant la Loi sur les jeunes contrevenants et le Code criminel*, L.C. 1992, ch. 11. Voir également N. Bala, « Dealing with Violent Young Offenders : Transfer to Adult Court and Bill C-58 » (1990), 9 *Rev. Can. D. Fam.* 11, et N. Bala, « The 1995 *Young Offenders Act* Amendments : Compromise or Confusion? » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 643.

[137] En 2002, lorsque la *LSJPA* a été adoptée, l'inquiétude de la population concernant le taux de délinquance juvénile et la gravité des crimes commis par les jeunes a, là encore, été le catalyseur de la réforme du système canadien de justice pénale pour les adolescents. L'une des raisons données par le ministre fédéral de la Justice pour justifier la nouvelle loi était que « le public estime que la *Loi sur les jeunes contrevenants* et les juges des tribunaux pour adolescents sont trop indulgents. Il met en doute la capacité du système de justice pour les jeunes d'infliger des peines significatives qui soient proportionnelles à la gravité des infractions » : Canada, ministère de la Justice, *Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes* (1998), p. 8.

[138] Il ressort de l'historique de la législation canadienne sur les jeunes contrevenants que de nombreuses réformes législatives ont résulté des changements de conception que la société a de la

offenders and in response to the public's request for a more punitive approach to young offenders and tougher sentences. This is indicative of a lack of societal agreement that the presumption of youth sentences should apply to young offenders for all offences as a vital component of our notion of justice: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 501. For all these reasons, I conclude that there is no societal consensus that the presumption of youth sentences is vital to our notion of justice. It is therefore not a principle of fundamental justice.

(d) *Is the Crown's Burden of Proving Aggravating Sentencing Circumstances a Principle of Fundamental Justice?*

[139] I agree with Abella J. and the Ontario Court of Appeal that it is a principle of fundamental justice that, in sentencing, the Crown bears the burden of establishing beyond a reasonable doubt any aggravating circumstances in the commission of an offence that would justify a more severe penalty: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665.

(e) *Summary*

[140] To summarize, at this point I have recognized two principles of fundamental justice: the reduced moral blameworthiness of young persons and the Crown's burden of proving aggravating sentencing factors beyond a reasonable doubt. I have also concluded that the presumption of youth sentences is not a principle of fundamental justice.

[141] I now turn to whether the presumptive offence sentencing provisions of the *YCJA* are in accordance with the two applicable principles of fundamental justice: (a) the reduced moral blame-

façon dont les jeunes contrevenants doivent être traités et visent à répondre aux demandes de la population d'adopter, à l'égard des jeunes contrevenants, une approche plus punitive et des peines plus sévères. Cela témoigne de l'absence de consensus dans la société sur le fait que la présomption d'assujettissement à une peine spécifique devrait s'appliquer aux jeunes contrevenants, quelle que soit l'infraction qu'ils ont commise, et ce, en tant qu'élément essentiel de notre conception de la justice : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 501. Pour tous ces motifs, je conclus qu'il n'y a pas de consensus dans la société sur le fait que la présomption d'assujettissement à une peine spécifique est essentielle à notre conception de la justice. Elle n'est donc pas un principe de justice fondamentale.

d) *Le fardeau qui, en matière de détermination de la peine, incombe au ministère public d'établir l'existence de circonstances aggravantes est-il un principe de justice fondamentale?*

[139] Je conviens avec la juge Abella et la Cour d'appel de l'Ontario qu'un principe de justice fondamentale veut qu'en matière de détermination de la peine le ministère public soit tenu d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence de circonstances aggravantes entourant la perpétration d'une infraction, qui justifieraient une peine plus sévère : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665.

e) *Résumé*

[140] Somme toute, jusqu'à maintenant, j'ai reconnu deux principes de justice fondamentale : la culpabilité morale moins élevée des adolescents et le fardeau qui, en matière de détermination de la peine, incombe au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence de facteurs aggravants. J'ai également conclu que la présomption d'assujettissement à une peine spécifique n'est pas un principe de justice fondamentale.

[141] Je vais maintenant examiner la question de savoir si les dispositions de la *LSJPA* relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées sont conformes aux deux principes de justice

worthiness of young persons and (b) the Crown's burden of proving aggravating sentencing factors beyond a reasonable doubt.

(3) Sentencing Provisions: Is the Liberty Deprivation in Accordance With Principles of Fundamental Justice?

(a) *The Current Sentencing Provisions Recognize the Presumption of Reduced Moral Blameworthiness of Young Persons*

[142] Abella J. and I both agree that young offenders who have committed presumptive offences can be subject to adult sentences. Our disagreement lies in the question of whether a presumption of adult sentences may apply to serious and violent offences. This question cannot be answered properly without defining the boundaries of the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons.

[143] When defining the boundaries of the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons, consideration must be afforded to societal interests such as public safety and accountability of young offenders who commit the most serious violent offences. This Court has held that, when examining the contours of a principle of fundamental justice, individual and societal interests within s. 7 must be taken into account. As Gonthier and Binnie JJ. held in *Malmo-Levine*, at para. 99:

Implicit in each of these principles [of fundamental justice] is, of course, the recognition that the appellants do not live in isolation but are part of a larger society. The delineation of the principles of fundamental justice must inevitably take into account the social nature of our collective existence. To that limited extent, societal values play a role in the delineation of the boundaries of the rights and principles in question. [Emphasis added.]

fondamentale applicables : a) la culpabilité morale moins élevée des adolescents et b) le fardeau qui, en matière de détermination de la peine, incombe au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence de facteurs aggravants.

(3) Dispositions relatives à la détermination de la peine : L'atteinte à la liberté est-elle conforme aux principes de justice fondamentale?

a) *Les dispositions actuelles en matière de détermination de la peine reconnaissent la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents*

[142] La juge Abella et moi-même convenons que les jeunes contrevenants qui ont commis des infractions désignées peuvent être assujettis à des peines applicables aux adultes. Notre désaccord porte sur la question de savoir si la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes peut s'appliquer à l'égard d'infractions graves commises avec violence. Pour bien répondre à cette question, il faut définir les limites de la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents.

[143] Pour définir les limites de la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents, il faut tenir compte des intérêts de la société, notamment la sécurité du public et la nécessité que les jeunes contrevenants qui commettent les infractions avec violence les plus graves répondent de leurs actes. Notre Cour a décidé que, pour définir la portée d'un principe de justice fondamentale, il faut tenir compte des intérêts sociétaux et des droits individuels dans l'analyse fondée sur l'art. 7. Comme l'ont affirmé les juges Gonthier et Binnie dans l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 99 :

Il va de soi qu'en énonçant chacun de ces principes les appelants reconnaissent implicitement qu'ils ne vivent pas en vase clos et font partie d'une société plus large. Dans la détermination des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la définition de la portée des droits et des principes en question. [Je souligne.]

[144] Consideration of both societal interests and individual rights within s. 7 is necessary because “[t]he principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally” (*per McLachlin J.* (as she then was) in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52).

[145] To delineate the boundaries of the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons as a principle of fundamental justice in the context of the presumptive offence scheme, societal goals of sentencing and the circumstances of the offence must be considered. Such a contextual interpretation is required because s. 7 rights “often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances”: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61. Only by affording consideration to important societal interests, such as public safety and accountability of young offenders, can the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons be properly defined.

[146] In enacting the presumptive offence scheme, Parliament considered the interests of society in being protected against the violence that may be perpetrated as a consequence of the earlier release of young offenders who received lower youth sentences and in requiring the accountability of young offenders who commit serious violent offences. Parliament recognized that some young offenders have committed offences that are so serious and egregious in nature, and pose such a great risk to public safety that it would be inappropriate to presume a lesser youth sentence in such circumstances (Department of Justice, *A Strategy for the Renewal of Youth Justice*; Doob and Cesaroni, at pp. 22-23 and 189).

[144] La prise en compte tant des intérêts sociétaux que des droits individuels dans l’analyse fondée sur l’art. 7 est nécessaire parce que « [l]es principes [de justice fondamentale] touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme » (la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 151-152).

[145] Pour établir les limites de la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents en tant que principe de justice fondamentale dans le contexte du régime d’infractions désignées, il faut tenir compte des objectifs sociétaux de la détermination de la peine et des circonstances ayant entouré la perpétration de l’infraction. Cette interprétation contextuelle s’impose parce que les droits garantis par l’art. 7 « sous-tendent ou s’inspirent souvent d’autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières » : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61. Ce n’est qu’en tenant compte d’importants intérêts sociétaux, comme la sécurité du public et la nécessité que les jeunes contrevenants répondent de leurs actes, qu’il est possible de bien définir la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents.

[146] En établissant le régime d’infractions désignées, le législateur a pris en considération l’intérêt qu’a la société à être protégée contre les actes de violence qui peuvent résulter de la mise en liberté anticipée de jeunes contrevenants qui se sont vu infliger des peines spécifiques moins sévères, et à exiger que les jeunes contrevenants qui commettent des infractions graves avec violence répondent de leurs actes. Le législateur a reconnu que certains jeunes contrevenants ont commis des infractions si graves et si atroces, et présentent un risque si élevé pour la sécurité du public, qu’il ne conviendrait pas de présumer l’assujettissement à une peine moins sévère dans leur cas (ministère de la Justice, *Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes*; Doob et Cesaroni, p. 22-23 et 189).



[147] Although the presumptive sentencing scheme recognizes the interests of society, it also recognizes the interests of young offenders since it provides for youth sentences in appropriate cases. Parliament appreciated these competing interests. La Forest J. stated for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329:

In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing. [Emphasis added.]

[148] Abella J. focusses solely on the age of the young offender to conclude that the presumption of reduced moral blameworthiness requires the further presumption of a lesser youth sentence for serious violent offences. However, it was entirely appropriate for Parliament to consider the competing interests, on the one hand, of young persons to have their reduced moral blameworthiness taken into account and, on the other, of society to be protected from violent young offenders and to have confidence that the youth justice system ensures the accountability of violent young offenders. This balancing was a legitimate exercise of Parliament's authority to determine how best to penalize particular criminal activity, a power this Court has recognized as broad and discretionary. In general, Parliament's authority in determining appropriate sentences is subject only to constitutional review under s. 12 of the *Charter* (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1069-70).

[149] That the *YCJA* presumes adult sentences for serious violent offences is in accordance with the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons because it in no way precludes a youth sentence where considered appropriate by the youth criminal justice court. In effect,

[147] Bien que, le régime de peines applicables aux infractions désignées reconnaisse les intérêts de la société, il reconnaît également les intérêts des jeunes contrevenants étant donné qu'il prescrit des peines spécifiques dans les cas appropriés. Le législateur a tenu compte de ces intérêts opposés. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 329, le juge La Forest a affirmé ceci au nom des juges majoritaires :

Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer. [Je souligne.]

[148] La juge Abella met uniquement l'accent sur l'âge du jeune contrevenant pour conclure que la présomption de culpabilité morale moins élevée commande de présumer en outre l'assujettissement à des peines spécifiques moins sévères pour les infractions graves avec violence. Cependant, il était tout à fait indiqué que le législateur tienne compte des intérêts qui s'opposent, soit, d'une part, l'intérêt des adolescents à ce que leur culpabilité morale moins élevée soit prise en considération et, d'autre part, l'intérêt de la société à être protégée contre les jeunes contrevenants violents et à être assurée que le système de justice pour les adolescents garantit que les jeunes contrevenants violents répondent de leurs actes. Cette évaluation constituait un exercice légitime du pouvoir du législateur de déterminer la meilleure façon de punir certains crimes, un pouvoir que notre Cour a reconnu comme étant étendu et discrétionnaire. En général, le pouvoir du législateur de déterminer les peines appropriées ne peut faire l'objet que d'un contrôle constitutionnel fondé sur l'art. 12 de la *Charte* (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1069-1070).

[149] La présomption de la *LSJPA* que les infractions graves avec violence sont punissables d'une peine applicable aux adultes est compatible avec la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents parce qu'elle ne fait aucunement obstacle à l'infliction d'une peine spécifique dans le cas

Parliament has merely legislated a presumptively higher range of sentences in respect of young persons who are convicted of the most serious violent crimes. Further, to focus solely on the presumption of adult sentences ignores the entire presumptive sentencing scheme which provides extensive protections for young offenders who have committed serious violent offences. By looking at the sentencing provisions of the *YCJA*, it is evident that there is extensive legislative recognition of the interests of young persons in having their presumed reduced moral blameworthiness considered:

- (1) Even before a finding of guilt, the youth justice court judge must inform the young person charged with a presumptive offence that he or she may face an adult sentence (s. 32(1)(d)).
- (2) While these offences carry the presumption of an adult sentence, the young offender is entitled to make an application for an order to receive a youth sentence (s. 63(1)).
- (3) If the Crown does not oppose the young person's application for a youth sentence, the court must, without a hearing, find that a youth sentence is warranted (s. 63(2)).
- (4) If at any stage of the proceedings the Crown decides to not seek an adult sentence, the court shall order the imposition of a youth sentence and a publication ban (s. 65).
- (5) Even when the young offender has not made an application for a youth sentence of his or her own volition, the sentencing judge *must* ask the young person whether he or she wishes to make such an application (s. 70(1)).

où le tribunal pour adolescents juge cette mesure indiquée. En effet, le législateur n'a fait qu'établir une présomption d'assujettissement à une gamme de peines plus sévères pour les adolescents reconnus coupables des crimes avec violence les plus graves. De plus, en mettant l'accent uniquement sur la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, on ne tient pas compte de l'ensemble du régime de peines applicables aux infractions désignées qui offre d'importantes protections aux jeunes contrevenants ayant commis des infractions graves avec violence. Il ressort clairement des dispositions de la *LSJPA* relatives à la détermination de la peine que le législateur reconnaît amplement que les adolescents ont intérêt à ce que leur présumée culpabilité morale moins élevée soit prise en compte :

- (1) Même avant de prononcer une déclaration de culpabilité, le juge du tribunal pour adolescents doit informer l'adolescent accusé d'une infraction désignée de la possibilité qu'il se voie infliger une peine applicable aux adultes (al. 32(1)d)).
- (2) Bien que les infractions désignées donnent naissance à la présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes, le jeune contrevenant a le droit de présenter une demande d'assujettissement à une peine spécifique (par. 63(1)).
- (3) Si le ministère public ne s'oppose pas à la demande d'assujettissement à une peine spécifique présentée par l'adolescent, le tribunal doit, sans tenir audience, conclure qu'une peine spécifique est justifiée (par. 63(2)).
- (4) Si, à toute phase des poursuites, le ministère public décide de ne pas solliciter une peine applicable aux adultes, le tribunal doit ordonner l'assujettissement à une peine spécifique et interdire la publication (art. 65).
- (5) Même dans les cas où le jeune contrevenant n'a pas présenté de son propre gré une demande d'assujettissement à une peine spécifique, le juge chargé de déterminer la peine *doit* lui demander s'il souhaite présenter une telle demande (par. 70(1)).

- (6) During the hearing of the young offender's application for a youth sentence, the court *must* consider *the age and maturity* of the young offender and whether a youth sentence is of sufficient length to hold the young offender accountable for the offending behaviour (s. 72(1)).
- (6) Pendant l'audition de la demande d'assujettissement à une peine spécifique présentée par le jeune contrevenant, le tribunal *doit* prendre en considération *l'âge et la maturité* du jeune contrevenant et se demander si une peine spécifique est d'une durée suffisante pour tenir le jeune contrevenant responsable de ses actes délictueux (par. 72(1)).
- (7) In making its decision on the young person's youth sentence application, the court *must* also consider the pre-sentence report (s. 72(3)). This independent report includes information regarding (s. 40(2)):
- (7) Pour trancher la demande d'assujettissement à une peine spécifique présentée par l'adolescent, le tribunal *doit* aussi examiner le rapport prédécisionnel (par. 72(3)). Ce rapport indépendant comprend les éléments d'information suivants (par. 40(2)) :
- (a) the young offender's criminal history;
- a) les antécédents criminels du jeune contrevenant;
- (b) the availability and appropriateness of community services;
- b) l'existence de services communautaires adaptés aux adolescents;
- (c) the school and employment history of the young offender;
- c) les études et les antécédents professionnels du jeune contrevenant;
- (d) the results of an interview with the young offender and members of his or her family;
- d) le résultat d'une entrevue avec le jeune contrevenant et des membres de sa famille;
- (e) information on the young offender's *age, maturity*, character, attitude, and willingness to make amends;
- e) des renseignements sur *l'âge, le degré de maturité*, le caractère et le comportement du jeune contrevenant et sur son désir de réparer les dommages causés;
- (f) any other information that may assist the court in determining whether there is an alternative to custody.
- f) tout autre renseignement susceptible d'aider le tribunal à examiner les mesures de rechange au placement sous garde.
- (8) The youth justice court may, on its own motion or on application of the young offender or the Crown, require a medical, psychological or psychiatric report of the young offender when it is determining whether or not to impose an adult sentence (ss. 34(1) and 34(2)(b)).
- (8) Le tribunal pour adolescents peut, d'office ou à la demande du jeune contrevenant ou du ministère public, exiger un rapport médical, psychologique ou psychiatrique concernant le jeune contrevenant afin de déterminer s'il y a lieu d'infliger une peine applicable aux adultes (par. 34(1) et al. 34(2)b)).
- (9) The youth justice court must give an opportunity to young offenders and their parents to be heard (s. 71).
- (9) Le tribunal pour adolescents doit donner aux jeunes contrevenants et à leurs parents l'occasion de se faire entendre (art. 71).

[150] Because a youth sentence may be imposed notwithstanding that a young offender has been convicted of a serious violent offence, and because of all of the other procedural protections afforded to young offenders convicted of such offences, the legislative sentencing scheme recognizes the interests of young persons in having their presumed reduced moral responsibility taken into account.

[151] Further, the interests of the young offender continue to be recognized even when an adult sentence has been imposed. Section 76(2) of the *YCJA* specifies that if the offender is under 18 years of age at the time of sentencing, the adult sentence shall be carried out in youth custody unless it is not in the youth's best interest or it would be unsafe to do so. Young offenders serving adult sentences are allowed to stay in youth custody until they reach 20 years of age, and even then the court has the discretion to extend the stay in the youth facility (s. 76(9) of the *YCJA*).

[152] It is important to note that even when an adult sentence for manslaughter, aggravated sexual assault or a third conviction for a serious violent crime is imposed, the young person also benefits from unique treatment under the *Criminal Code*. The fundamental principle of sentencing, as set out in the *Criminal Code*, is that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and *the degree of responsibility of the offender* (s. 718.1). The youth justice court must also consider all relevant circumstances relating to the offence and *to the offender* (s. 718.2(a)). These provisions ensure that when young offenders are sentenced as adults for these offences, their presumed reduced moral blameworthiness is considered before the imposition of a sanction.

[153] Even young offenders serving adult sentences for first or second degree murder are given

[150] Étant donné qu'une peine spécifique peut être infligée malgré le fait que le jeune contrevenant a été déclaré coupable d'une infraction grave avec violence, et en raison de toutes les autres protections procédurales offertes aux jeunes contrevenants déclarés coupables de telles infractions, le régime législatif de détermination de la peine reconnaît que les adolescents ont intérêt à ce que leur culpabilité morale moins élevée soit prise en compte.

[151] De plus, les intérêts du jeune contrevenant continuent d'être reconnus même dans le cas où une peine applicable aux adultes a été infligée. Le paragraphe 76(2) *LSJPA* précise que, si le contrevenant est âgé de moins de 18 ans au moment du prononcé de la peine, la peine applicable aux adultes doit être purgée dans un lieu de garde à moins que cette mesure ne soit pas dans l'intérêt de l'adolescent ou qu'elle présente des risques. Les jeunes contrevenants qui purgent des peines applicables aux adultes peuvent être placés dans un lieu de garde jusqu'à l'âge de 20 ans et, même dans ce cas, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de prolonger la durée de leur séjour dans ce lieu de garde (par. 76(9) *LSJPA*).

[152] Il importe de noter que, même lorsqu'il se voit infliger une peine applicable aux adultes pour un homicide involontaire coupable ou une agression sexuelle grave, ou en raison d'une troisième déclaration de culpabilité d'infraction grave avec violence, l'adolescent bénéficie également d'un traitement exceptionnel dans le *Code criminel*. Le principe fondamental que le *Code criminel* énonce en matière de détermination de la peine exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et *au degré de responsabilité du délinquant* (art. 718.1). Le tribunal pour adolescents doit également tenir compte de toutes les circonstances liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation *du délinquant* (al. 718.2a)). Ces dispositions garantissent que, lorsque les jeunes contrevenants sont assujettis à des peines applicables aux adultes pour ces infractions, leur présumée culpabilité morale moins élevée est prise en compte avant l'infligence d'une peine.

[153] Même les jeunes contrevenants qui purgent des peines applicables aux adultes pour un meurtre

special recognition under the *Criminal Code* and benefit from significantly reduced parole ineligibility periods (ss. 745.1, 745.3 and 745.5). The young offender sentenced as an adult for first or second degree murder will be eligible for parole under s. 745.1 when he or she has served:

(a) . . . between five and seven years of the sentence as is specified by the judge presiding at the trial, or if no period is specified by the judge presiding at the trial, five years, in the case of a person who was under the age of sixteen at the time of the commission of the offence;

(b) ten years, in the case of a person convicted of first degree murder who was sixteen or seventeen years of age at the time of the commission of the offence; and

(c) seven years, in the case of a person convicted of second degree murder who was sixteen or seventeen years of age at the time of the commission of the offence.

[154] This affords the young offender significant reduced parole ineligibility given the fact that adult offenders are only eligible for parole after 25 years of imprisonment in the case of first degree murder and 10 years in the case of second degree murder (s. 745(a) and (c) of the *Code*).

[155] Hence, the current *YCJA* sentencing provisions recognize the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons even when an adult sentence has been imposed on the young offender.

[156] I note that other provisions of the *YCJA* also recognize the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons.

[157] Prior to a finding of guilt, all young persons accused of a crime — no matter how serious the allegations against them — benefit from a separate youth system which recognizes their reduced

au premier ou au deuxième degré font l'objet d'une reconnaissance spéciale dans le *Code criminel* et bénéficient d'une réduction importante du délai préalable à leur libération conditionnelle (art. 745.1, 745.3 et 745.5). Aux termes de l'art. 745.1, le jeune contrevenant qui a été assujéti à une peine applicable aux adultes pour un meurtre au premier ou au deuxième degré sera admissible à la libération conditionnelle après avoir purgé :

a) . . . cinq ans de la peine lorsque cette personne avait moins de seize ans au moment de la perpétration de l'infraction, délai que le juge qui préside le procès peut porter à au plus sept ans;

b) . . . dix ans de la peine lorsque cette personne a été déclarée coupable de meurtre au premier degré et qu'elle avait seize ou dix-sept ans au moment de la perpétration de l'infraction;

c) . . . sept ans de la peine lorsque cette personne a été déclarée coupable de meurtre au deuxième degré et qu'elle avait seize ou dix-sept ans au moment de la perpétration de l'infraction.

[154] Cela permet au jeune contrevenant de bénéficier d'une importante réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, compte tenu du fait que les contrevenants adultes ne sont admissibles à la libération conditionnelle qu'après avoir purgé 25 ans ou 10 ans d'emprisonnement selon qu'ils ont été déclarés coupable de meurtre au premier degré ou au deuxième degré (al. 745a) et 745c) du *Code*).

[155] Les dispositions de la *LSJPA* qui régissent actuellement la détermination de la peine reconnaissent donc la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents même dans les cas où une peine applicable aux adultes a été infligée au jeune contrevenant.

[156] Je constate que d'autres dispositions de la *LSJPA* reconnaissent également la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents.

[157] Avant le prononcé d'une déclaration de culpabilité, tous les adolescents accusés d'un crime — quelle que soit la gravité des allégations qui pèsent contre eux — bénéficient d'un système de

maturity and increased dependency (s. 3(1)(b)(ii) of the *YCJA*). This special system includes guaranteed access to a youth justice court during the entire process, including sentencing (s. 14(1) of the *YCJA*). Access to a youth justice court translates into a reduction of procedural delays that arose in the adult sentencing process under the *YOA* and ensures that the youth justice court has more information when making important sentencing decisions: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 506.

[158] Throughout the *YCJA*, there are other examples of special protections afforded to young persons, which are not available to adults, during police questioning and their arrest and pre-trial detention:

- (1) notification of the young person's parents if the young person is arrested by the police (s. 26);
- (2) young persons cannot consent to a police request for fingerprints for investigative purposes (s. 113(2));
- (3) a young person being questioned by police must be advised of the right to silence and warned of the potential use of any statement against him or her, as well as of the right to consult with a parent and to have that parent present while a statement is being made (s. 146(2)(b), (c) and (d));
- (4) if the young person being questioned decides to waive his or her rights pursuant to s. 146, the waiver must be video- or audio-taped or must be in writing and signed by the young person (s. 146(4)).

[159] It is evident that throughout the *YCJA* there are numerous protections provided to young offenders. See Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at pp. 184-271. The number of different procedural protections and the fact that these protections are

justice distinct qui reconnaît leur moins grande maturité et leur plus grande dépendance (sous-al. 3(1)(b)(ii) *LSJPA*). Ce système spécial leur garantit notamment l'accès à un tribunal pour adolescents pendant tout le processus, y compris la détermination de la peine (par. 14(1) *LSJPA*). L'accès à un tribunal pour adolescents contribue à réduire les délais procéduraux que comportait le processus de détermination de la peine applicable aux adultes établi dans la *LJC*, et fait en sorte que le tribunal pour adolescents dispose de plus de renseignements lorsqu'il rend d'importantes décisions en matière de peine : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 506.

[158] La *LSJPA* comporte d'autres exemples de protections particulières offertes aux adolescents, dont ne bénéficient pas les adultes, pendant l'interrogatoire policier, leur mise en état d'arrestation et leur détention avant le procès :

- (1) lorsqu'un adolescent est arrêté par la police, ses parents doivent être avisés de son arrestation (art. 26);
- (2) les adolescents ne peuvent consentir à une demande d'empreintes digitales aux fins d'enquête présentée par les policiers (par. 113(2));
- (3) l'adolescent qui est interrogé par la police doit être informé de son droit de garder le silence et prévenu que toute déclaration pourra être utilisée contre lui, et être informé de son droit de consulter son père ou sa mère et de faire sa déclaration en présence de cette personne (al. 146(2)b, c) et d));
- (4) si l'adolescent interrogé décide de renoncer aux droits que lui confère l'art. 146, cette renonciation doit soit être enregistrée sur bande audio ou vidéo, soit être faite par écrit et signée par l'adolescent en question (par. 146(4)).

[159] Il est évident que la *LSJPA* offre de nombreuses protections aux jeunes contrevenants. Voir Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 184-271. Le nombre de différentes protections procédurales et le fait que ces protections sont offertes *avant*,

afforded *before, during* and *after* sentencing demonstrate that significant consideration is afforded to a young person's age, maturity and vulnerability throughout the *YCJA*. The nature, number and extent of the enhanced legislative protections afforded to young persons make it abundantly clear that the *YCJA* as a whole, and the presumptive offence sentencing scheme in particular, significantly recognize the presumption of the reduced moral blameworthiness of young persons.

[160] For all of these reasons, I am of the opinion that the presumptive sentencing provisions accord with the presumption of reduced moral blameworthiness of young persons. I next turn to whether they also comply with the other applicable principle of fundamental justice.

(b) *The Current Sentencing Provisions Comply With the Requirement That the Crown Bears the Burden of Proving Aggravating Factors in Sentencing*

[161] In para. 78 of her reasons, Abella J. states that the presumptive sentencing provisions are inconsistent with the principle of fundamental justice which requires that the Crown bear the burden of proving aggravating sentencing factors since the provisions place the onus on young offenders, rather than on the Crown, to demonstrate why a youth sentence should be imposed. She refers to Professor Bala's characterization of the burden placed on young offenders as "persuasive" (Abella J.'s reasons, at para. 74).

[162] The focus in this case is whether the presumptive sentencing provisions comply with the requirements of the *Charter*. In my view, pursuant to s. 63(1) of the *YCJA*, Parliament provided young offenders with a *right* to satisfy the youth

*pendant et après* la détermination de la peine montrent que la *LSJPA* tient énormément compte de l'âge, de la maturité et de la vulnérabilité des adolescents. La nature, le nombre et l'étendue des protections législatives accrues qui sont offertes aux adolescents indiquent très clairement que la *LSJPA*, dans son ensemble, et le régime de détermination de la peine pour les infractions désignées, en particulier, reconnaissent de façon significative la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents.

[160] Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que les dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées sont conformes à la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents. Je vais maintenant examiner la question de savoir si elles respectent également l'autre principe de justice fondamentale applicable.

b) *Les dispositions actuelles en matière de détermination de la peine respectent l'exigence qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de facteurs aggravants*

[161] Au paragraphe 78 de ses motifs, la juge Abella affirme que les dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées ne sont pas conformes au principe de justice fondamentale voulant qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de facteurs aggravants, étant donné que ces dispositions obligent les jeunes contrevenants, plutôt que le ministère public, à démontrer pourquoi une peine spécifique devrait être infligée. Elle mentionne le fait que le professeur Bala considère que le fardeau de la preuve incombant au jeune contrevenant est « de nature persuasive » (motifs de la juge Abella, par. 74).

[162] En l'espèce, l'accent est mis sur la question de savoir si les dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées respectent les exigences de la *Charte*. J'estime qu'aux termes du par. 63(1) *LSJPA* le législateur a accordé

justice court that the higher legislated range of sentences should not apply and that a youth sentence is warranted. Conferring this right on young offenders represents Parliament's approach to balance the status of young persons with the need to protect society from the perpetrators of the most serious violent crimes. Parliament did not simply provide for more severe sentences in all cases where a young person has been convicted of such a crime. Young offenders are given the opportunity to apply for youth sentences and thereby set in motion the determination by the youth justice court of the appropriate sentence in the circumstances. Providing this opportunity to young offenders, especially when the sentencing judge is required to prompt the young offenders to take advantage of the opportunity (s. 70(1) of the *YCJA*), does not place a "persuasive burden" on young offenders that eliminates the Crown's burden of establishing aggravating sentencing factors.

[163] Section 72 does not mandate that the young person adduce evidence, such that failing to do so automatically leads to the imposition of an adult sentence. The youth justice court *must* have access to information in relation to the factual matters referred to in s. 72(1), i.e. all relevant considerations, *even if the young person declines to call any evidence on those matters*. In the present case, the sentencing judge considered, among other things, the agreed statement of facts, a pre-sentence report, a comprehensive predisposition assessment and a second predisposition assessment prepared in relation to another offence committed by D.B. (Appellant's Record, at pp. 20-21). It is important to note that the predisposition assessment, a 23-page document, contained information about D.B.'s background, family and individual history, history of mental health, school and vocational information, history of criminal and assaultive behaviour, reports of the custody facility where he spent time prior to his sentencing hearing, and individual, family, psychological and psychiatric assessments.

aux jeunes contrevenants le *droit* de convaincre le tribunal pour adolescents que la gamme de peines plus sévères prescrite par le législateur ne devrait pas s'appliquer et qu'une peine spécifique est justifiée. Le fait de donner ce droit aux jeunes contrevenants représente l'approche du législateur pour ce qui est d'établir un équilibre entre la situation des adolescents et la nécessité de protéger la société contre les auteurs des crimes avec violence les plus graves. Le législateur n'a pas simplement prescrit des peines plus sévères dans tous les cas où un adolescent est déclaré coupable d'un tel crime. Il donne aux jeunes contrevenants la possibilité de présenter une demande d'assujettissement à une peine spécifique et de permettre ainsi au tribunal pour adolescents de déterminer la peine appropriée dans les circonstances. Cette possibilité qui est donnée aux jeunes contrevenants — particulièrement lorsque le juge chargé de déterminer la peine est tenu de les inciter à s'en prévaloir (par. 70(1) *LSJPA*) — n'impose pas aux jeunes contrevenants un « fardeau de persuasion » qui dégage le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de facteurs aggravants.

[163] L'article 72 n'oblige pas l'adolescent à présenter les éléments de preuve, de sorte que celui-ci ne se verra pas automatiquement infliger une peine applicable aux adultes s'il omet de le faire. Le tribunal pour adolescents *doit* avoir accès aux renseignements concernant les questions factuelles mentionnées au par. 72(1), c'est-à-dire tous les éléments pertinents, *même si l'adolescent refuse de présenter des éléments de preuve au sujet de ces questions*. En l'espèce, le juge chargé de déterminer la peine a tenu compte notamment de l'exposé conjoint des faits, d'un rapport prédécisionnel, d'une évaluation complète des prédispositions et d'une deuxième évaluation des prédispositions liée à une autre infraction commise par D.B. (dossier de l'appelante, p. 20-21). Il importe de noter que l'évaluation des prédispositions, un document de 23 pages, contenait des renseignements sur le passé de D.B., ses antécédents familiaux et personnels, ses antécédents psychiatriques, des renseignements d'ordre scolaire et professionnel, ses antécédents en matière de comportement criminel



Further, the sentencing judge also requested an expert report from the Provincial Director of the Intensive Rehabilitation Custody and Supervision (IRCS) Program in Ontario. In his report, he outlined D.B.'s suitability for the IRCS Program. This program is only available to young offenders who receive a youth sentence (s. 42(7) of the *YCJA*). As such, the sentencing judge had access to all of this information, regardless of whether D.B. sought to adduce evidence.

[164] Nonetheless, s. 72(2) entitles the young person to adduce additional evidence to show that a youth sentence is sufficient. This is analogous to a normal sentencing hearing in which the Crown puts forward evidence of any aggravating factors and the accused puts forward evidence of any mitigating factors. As held by the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60, at para. 62:

As in any sentencing situation, if the Crown wishes to bring forward evidence of aggravating factors, the Crown bears the burden of proving any relevant facts that are contested. Likewise, contested facts in support of mitigating factors must be proved by the offender. As in all sentencing situations, the aim of the judge is to balance the considerations raised and arrive at an appropriate sentence. [Emphasis added.]

[165] In the present case, D.B. did bring forward evidence of mitigating factors. He adduced into evidence:

(1) a handwritten letter, in which he expressed remorse for his actions, and

et violent, des rapports émanant du lieu de garde où il a été placé avant l'audience pour la détermination de sa peine, ainsi que des évaluations individuelles, familiales, psychologiques et psychiatriques. Le juge chargé de déterminer la peine a en outre sollicité un rapport d'expert du directeur provincial du programme intensif de réadaptation (placement et surveillance) (programme IRPS) de l'Ontario. Dans son rapport, ce dernier a traité de la possibilité d'assujettir D.B. au programme IRPS. Seuls les jeunes contrevenants qui se voient infliger une peine spécifique (par. 42(7) *LSJPA*) peuvent participer à ce programme. Le juge chargé de déterminer la peine a donc eu accès à tous ces renseignements, peu importe que D.B. ait cherché ou non à présenter des éléments de preuve.

[164] Cependant, le par. 72(2) permet à l'adolescent de présenter des éléments de preuve additionnels destinés à démontrer qu'une peine spécifique est suffisante. Cette situation s'apparente à une audience ordinaire pour la détermination de la peine, où le ministère public produit des éléments de preuve établissant l'existence de facteurs aggravants et où l'accusé produit des éléments de preuve établissant l'existence de facteurs atténuants, le cas échéant. Comme l'a conclu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. K.D.T.* (2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60, par. 62 :

[TRADUCTION] Comme dans tous les cas de détermination de la peine, si le ministère public souhaite produire des éléments de preuve établissant l'existence de facteurs aggravants, il lui incombe d'établir l'existence de tout fait pertinent qui est contesté. De même, le contrevenant doit établir l'existence des faits à l'appui de facteurs atténuants qui sont contestés. Comme dans tous les cas de détermination de la peine, l'objectif du juge est de soulever les considérations soulevées et d'infliger une peine appropriée. [Je souligne.]

[165] En l'espèce, D.B. a présenté des éléments de preuve établissant l'existence de facteurs atténuants. Il a déposé en preuve les documents suivants :

(1) une lettre manuscrite, dans laquelle il exprime des remords à l'égard des actes qu'il a accomplis; et

(2) a letter from Tracy Kowalchuk, a teacher at the detention centre, attesting that D.B. was committed and behaved well in her class.

[166] Further, as held in *K.D.T.*, at para. 62, the onus found within s. 72(2) is “not one that contains a requirement of proof, nor does it remove the onus on the party bringing forward contested facts to prove those facts”. That young offenders must apply for youth sentences does not obviate the Crown’s burden regarding aggravating circumstances on sentencing. To the extent that the Crown wishes to rely on contested aggravating factors to persuade the court that an adult sentence is appropriate, it will still be required to prove those facts beyond a reasonable doubt: *Pearson*, at p. 683, and s. 724 of the *Criminal Code*.

[167] In this case, the Crown did wish to rely on contested aggravating factors to persuade the sentencing judge that an adult sentence was appropriate. The Crown’s submission was that D.B. bragged about the fight to his friends in the mall. Since the issue of the characterization of D.B.’s statement to his friends was contested, the Crown, to support its submission, adduced into evidence the testimony of a witness in the mall who overheard D.B.’s statement.

[168] For these reasons, the opportunity given to young offenders to apply for youth sentences cannot be characterized as a “persuasive burden” on young offenders.

[169] In the theoretical case where the young offender does not make an application for a youth sentence, one might argue that the presumptive offence sentencing provisions allow the Crown to achieve the “more severe” penalty of an adult sentence without discharging any burden of persuasion. However, it is important to remember that the

(2) une lettre de Tracy Kowalchuk, une enseignante du centre de détention, attestant que D.B. était attentif et se comportait bien dans sa classe.

[166] De plus, comme la cour l’a conclu dans l’arrêt *K.D.T.*, par. 62, le fardeau imposé par le par. 72(2) [TRADUCTION] « ne comporte aucune exigence de preuve et ne dégage pas non plus la partie qui présente des faits contestés du fardeau d’établir l’existence de ces faits ». Le fait que les jeunes contrevenants doivent présenter une demande d’assujettissement à une peine spécifique ne dégage pas le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d’établir l’existence de circonstances aggravantes. Dans la mesure où le ministère public souhaite s’appuyer sur des facteurs aggravants contestés pour convaincre le tribunal qu’une peine applicable aux adultes est indiquée, il demeure tenu d’en faire la preuve hors de tout doute raisonnable : *Pearson*, p. 683, et art. 724 du *Code criminel*.

[167] En l’espèce, le ministère public souhaitait effectivement s’appuyer sur des facteurs aggravants contestés pour convaincre le juge chargé de déterminer la peine qu’une peine applicable aux adultes était indiquée. L’argument du ministère public voulait que D.B. se soit vanté de la bagarre auprès de ses amis dans le centre commercial. Étant donné que la qualification de la déclaration de D.B. à ses amis était contestée, le ministère public a, à l’appui de son argument, présenté en preuve le témoignage d’une personne ayant entendu la déclaration de D.B. dans le centre commercial.

[168] Pour ces raisons, on ne saurait qualifier de « fardeau de persuasion » incombant aux jeunes contrevenants la possibilité qui leur est donnée de présenter une demande d’assujettissement à une peine spécifique.

[169] Dans le cas théorique où le jeune contrevenant ne présente pas une demande d’assujettissement à une peine spécifique, on pourrait soutenir que les dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées permettent au ministère public d’obtenir la peine « plus sévère » que représente la peine applicable aux

sentencing judge has prompted the young offender to take advantage of this opportunity but the young offender has declined to do so. I cannot see how not taking advantage of an opportunity can be characterized as placing a burden of persuasion on the young offender. Answering “yes” cannot be cast as a burden of proof of any kind.

[170] For these reasons, the presumptive offence sentencing provisions do not contravene principles of fundamental justice which always require that the Crown bears the burden of proving aggravating sentencing factors beyond a reasonable doubt.

## B. *Publication Provisions*

### (1) Section 7 Interests

[171] I am unable to agree with Abella J. that the provisions relating to the presumption of publication engage the young offender’s s. 7 right to liberty because a publication ban is part of the sentence (Abella J.’s reasons, at para. 87). In my view, even though the *YCJA* legislative scheme treats the order for a publication ban as part of the sentence for appeal purposes (ss. 37(4) and 75(4)), the publication ban forms no part of the young person’s sentence in fact. It is *deemed* part of the sentence *for appeal purposes only*. The purpose of the deeming provisions is to create an express right of appeal of publication ban orders, which would otherwise not exist. They do not change the fact that a publication ban is not a sentence.

[172] Further, the liberty interest protected by s. 7 encompasses freedom from physical restraint and protection of an individual’s personal autonomy: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 49. Since the presumption of publication

adultes sans avoir à s’acquitter de quelque fardeau de persuasion. Toutefois, il importe de se rappeler que le juge chargé de déterminer la peine a incité le jeune contrevenant à se prévaloir de cette possibilité, mais que ce dernier a refusé de le faire. Je ne vois pas comment l’omission de se prévaloir d’une possibilité peut être considérée comme imposant un fardeau de persuasion au jeune contrevenant. Répondre « oui » ne peut pas être présenté comme imposant un fardeau de preuve quelconque.

[170] Pour ces motifs, les dispositions relatives à la détermination de la peine pour les infractions désignées ne violent pas les principes de justice fondamentale qui exigent, dans tous les cas, qu’en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d’établir hors de tout doute raisonnable l’existence de facteurs aggravants.

## B. *Dispositions relatives à la publication*

### (1) Droits garantis par l’art. 7

[171] Je ne puis souscrire à l’opinion de la juge Abella selon laquelle les dispositions concernant la présomption de publication mettent en jeu le droit à la liberté que l’art. 7 garantit au jeune contrevenant parce que l’interdiction de publication fait partie de la peine infligée à ce dernier (motifs de la juge Abella, par. 87). À mon avis, bien que le régime établi par la *LSJPA* considère l’ordonnance de non-publication comme faisant partie de la peine aux fins d’appel (par. 37(4) et 75(4)), l’interdiction de publication ne fait pas partie, en réalité, de la peine infligée à l’adolescent. Elle est *réputée* faire partie de la peine *aux fins d’appel seulement*. Les dispositions créant une présomption visent à conférer, à l’égard des ordonnances de non-publication, un droit d’appel explicite qui n’existerait pas par ailleurs. Elles ne changent rien au fait qu’une interdiction de publication ne constitue pas une peine.

[172] De plus, le droit à la liberté garanti par l’art. 7 englobe l’absence de toute contrainte physique et la protection de l’autonomie personnelle : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 49. Étant donné que la présomption de

does not cause physical restraint on young offenders nor does it prevent them from making fundamental personal choices, the interests sought to be protected in this case do not fall within the liberty interest protected by s. 7.

[173] Also, I cannot agree with the Ontario Court of Appeal, at para. 76, that the publication provisions engage the young offender's s. 7 right to security of the person.

[174] Where, as here, the security right in s. 7 is being invoked on the basis of an impact on the individual's psychological security, "serious state-imposed psychological stress" must be demonstrated: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In *Blencoe*, at para. 57, Bastarache J., for the majority of this Court, stated the two factors which must be evaluated: "the psychological harm must be state imposed, meaning that the harm must result from the actions of the state" and "the psychological prejudice must be serious" (emphasis deleted).

[175] I accept that publication of a young offender's identity may "increase a youth's self-perception as an offender, disrupt the ability of a youth's family to provide support, and negatively affect interaction with peers, teachers, and the surrounding community": Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 382. See also *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, at para. 15.

[176] However, the difficulty in this case is not the *existence of harm* but rather whether that harm is *state induced*. In my view, it is not.

[177] In *Blencoe*, the respondent Blencoe claimed that his s. 7 security rights were violated because of psychological harm that he suffered as a result of state-caused delays in his human rights proceedings. Bastarache J. emphasized that it is "inappropriate to hold government accountable for harms

publication n'impose aucune contrainte physique aux jeunes contrevenants et ne les empêche pas non plus de faire les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, les droits qu'on cherche à protéger en l'espèce ne sont pas visés par le droit à la liberté garanti par l'art. 7.

[173] De même, je ne puis souscrire à l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario, par. 76, selon lequel les dispositions relatives à la publication mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit au jeune contrevenant.

[174] Dans les cas où, comme en l'espèce, le droit à la sécurité garanti par l'art. 7 est invoqué en raison d'une incidence sur la sécurité psychologique de l'individu, il faut démontrer l'existence d'une « tension psychologique grave causée par l'État » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans l'arrêt *Blencoe*, par. 57, le juge Bastarache, s'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, a énoncé les deux éléments qui doivent être évalués : « le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État » et « le préjudice psychologique doit être grave » (soulignements omis).

[175] Je conviens que la publication de l'identité d'un jeune contrevenant risque [TRADUCTION] « d'accroître la perception d'un jeune qu'il est un contrevenant, de nuire à la capacité de la famille de lui apporter de l'aide et d'affecter ses relations avec ses pairs, ses professeurs et la collectivité qui l'entoure » : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 382. Voir également l'arrêt *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, par. 15.

[176] Toutefois, le problème en l'espèce n'est pas de savoir si *un préjudice existe*, mais plutôt de savoir si le préjudice est *causé par l'État*. Selon moi, il ne l'est pas.

[177] Dans l'arrêt *Blencoe*, l'intimé Blencoe prétendait que son droit à la sécurité garanti par l'art. 7 avait été violé à cause du préjudice psychologique qu'il avait subi à la suite de délais imputables à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne qu'il avait engagées. Le juge Bastarache

that are brought about by third parties who are not in any sense acting as agents of the state” (para. 59). He explicitly stated that psychological stress resulting from media coverage can only underlie a s. 7 claim *where it can be directly linked to state action* (paras. 67, 72 and 73).

[178] In the case at bar, there is *no* state action: the stigma and labelling that may arise from release of the young offender’s identity result from the actions of the media and broader society. The harm is a product of media coverage and society’s reaction to young offenders and to the crimes they commit.

[179] Although Parliament has recognized that unwanted publicity and the public’s negative reaction may harm young offenders convicted of crimes, and has afforded the vast majority of them a degree of protection by requiring a publication ban (s. 110(1) of the *YCJA*), this does not mean that the state is responsible for *imposing* the harm that may result without the publication ban.

[180] D.B. argued that in *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)* (2003), 175 C.C.C. (3d) 321 (“*Quebec Reference*”), at paras. 209-10, the Quebec Court of Appeal distinguished *Blencoe* on the basis that there are fundamental differences between criminal proceedings and human rights proceedings. In doing so, the Quebec Court of Appeal relied, at para. 207, on a passage from *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20:

In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against “overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation” (A. Amsterdam [“Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525], at p. 533). These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social

a souligné qu’il est « inopportun de tenir le gouvernement responsable du préjudice causé par un tiers qui n’est aucunement un mandataire de l’État » (par. 59). Il a précisé que la tension psychologique résultant d’une couverture médiatique ne peut servir d’assise à un recours fondé sur l’art. 7 que *si elle peut être directement liée à un acte de l’État* (par. 67, 72 et 73).

[178] En l’espèce, il n’y a *aucun* acte de l’État : la stigmatisation et l’étiquetage susceptibles de résulter de la publication de l’identité du jeune contrevenant découlent des actes des médias et de la société en général. Le préjudice est le fruit de la couverture médiatique et de la réaction de la société aux jeunes contrevenants et aux crimes qu’ils commettent.

[179] Bien que le législateur ait reconnu que la publicité non souhaitée et la réaction négative du public risquent de nuire aux jeunes contrevenants reconnus coupables d’un crime, et qu’il ait accordé à la vaste majorité de ceux-ci une certaine protection en prescrivant l’interdiction de publication (par. 110(1) *LSJPA*), cela ne signifie pas que l’État est responsable d’avoir *causé* le préjudice qui peut résulter en l’absence d’une interdiction de publication.

[180] D.B. a fait valoir que, dans le renvoi *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118 (« *Renvoi québécois* »), par. 209-210, la Cour d’appel du Québec a distingué l’arrêt *Blencoe* de l’affaire dont elle était saisie pour le motif qu’il existe des différences fondamentales entre les procédures criminelles et les procédures en matière de droits de la personne. Ce faisant, la Cour d’appel du Québec s’est appuyée, au par. 207, sur un extrait de l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 919-920 :

Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l’intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] « un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d’une accusation criminelle pendante » (A. Amsterdam [« Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525], à la p. 533). Celles-ci comprennent la stigmatisation de l’accusé, l’atteinte à la vie privée, la tension et l’angoisse résultant d’une multitude

life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

[181] While I agree with the proposition advanced in *Mills*, in my view, this passage is not relevant to the case at bar. Finding that, in criminal proceedings, the concept of security of the person includes protection against stigmatization does not resolve the problem of whether the harm is state induced. There is nothing in *Mills* that implies that the requirement of nexus between the harm and the state is not necessary in criminal proceedings.

[182] Furthermore, the comments in *Mills* relate specifically to the stigma which may attach to an accused person *awaiting trial* and who is still benefiting from the presumption of innocence. Indeed, in that case, Mr. Mills made a motion to stay the proceedings during his preliminary inquiry alleging, among other things, denial of his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. In the present appeal, we are considering the rights of an individual who has already pleaded guilty to a crime. Hence, *Mills* is not applicable to the present appeal. For all these reasons, I disagree with the view expressed by the Quebec Court of Appeal in *Quebec Reference*.

[183] In sum, the publication ban provisions of the *YCJA* do not engage the s. 7 right to security of the person. However, even though it is unnecessary to do so, I have also briefly considered whether they accord with the principles of fundamental justice.

- (2) Publication Provisions: Is the Presumed Deprivation in Accordance With Principles of Fundamental Justice?
- (a) *The Current Publication Provisions Recognize the Presumed Reduced Moral Blameworthiness of Young Persons*

[184] In a case where a young person has received an adult sentence, there will not be an automatic

de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

[181] Bien que je souscrive à la thèse avancée dans l'arrêt *Mills*, j'estime que cet extrait n'est pas pertinent en l'espèce. Conclure que, dans le cadre de procédures criminelles, la notion de la sécurité de la personne comprend la protection contre la stigmatisation ne répond pas à la question de savoir si le préjudice est causé par l'État. Rien dans l'arrêt *Mills* ne porte à croire que, dans des procédures criminelles, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien entre l'État et le préjudice causé.

[182] De plus, les commentaires formulés dans l'arrêt *Mills* concernent précisément la stigmatisation dont peut être victime l'accusé *qui attend de subir son procès* et qui bénéficie encore de la présomption d'innocence. En réalité, dans cette affaire, M. Mills demandait l'arrêt des procédures pendant son enquête préliminaire, alléguant notamment qu'on lui avait nié le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. Dans le présent pourvoi, nous examinons les droits d'un individu qui a déjà plaidé coupable à une accusation criminelle. L'arrêt *Mills* ne s'applique donc pas en l'espèce. Pour tous ces motifs, je ne partage pas le point de vue exprimé par la Cour d'appel du Québec dans le *Renvoi québécois*.

[183] Somme toute, les dispositions de la *LSJPA* relatives à l'interdiction de publication ne mettent pas en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Toutefois, bien qu'il ne soit pas nécessaire de le faire, j'ai également examiné brièvement la question de savoir si ces dispositions respectent les principes de justice fondamentale.

- (2) Dispositions relatives à la publication : L'atteinte présumée est-elle conforme aux principes de justice fondamentale?
- a) *Les dispositions actuelles régissant la publication reconnaissent la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents*

[184] Il n'y a pas interdiction automatique de publier le nom de l'adolescent qui s'est vu infliger

publication ban of his or her name (s. 110(2) of the *YCJA*). The young person is entitled to make an application to have the publication ban imposed (s. 75(1) of the *YCJA*). Even when the young person has not made an application, at the sentencing hearing the court *must* ask whether he or she now wishes to make such an application for a publication ban (s. 75(3) of the *YCJA*). This feature clearly demonstrates the importance the *YCJA* affords to the privacy interests of the young offender.

[185] When an application for a publication ban has been made by either the young offender or the Crown, the court will grant the order if it considers it appropriate *in the circumstances*, taking into account the importance of rehabilitating the young person and the public interest (s. 75(3) of the *YCJA*). This ensures that the presumption of reduced moral responsibility of young offenders is taken into consideration by the sentencing judge together with the protection and safety of the public.

[186] All of these features make it clear that the publication provisions take into account the reduced moral blameworthiness of youth.

(b) *The Current Publication Provisions Comply With the Requirement That the Crown Bears the Burden of Proving Aggravating Factors in Sentencing*

[187] Abella J. states that the publication provisions violate the principle of fundamental justice that the Crown must bear the burden of proving aggravating sentencing circumstances because (1) publication is part of a “more severe” sentence and (2) removing the publication ban stigmatizes the young offender and increases the severity of the sentence for the young person (Abella J.’s reasons, at paras. 86-87).

[188] Firstly, as I have already stated, even though the *YCJA* legislative scheme treats a publication ban as part of the sentence for appeal purposes (ss. 37(4)

une peine applicable aux adultes (par. 110(2) *LSJPA*). L’adolescent a le droit de demander une ordonnance de non-publication (par. 75(1) *LSJPA*). Même lorsque l’adolescent n’a pas présenté une telle demande, le tribunal *doit*, lors de l’audience pour la détermination de la peine, lui demander s’il entend maintenant demander une ordonnance de non-publication (par. 75(3) *LSJPA*). Cela démontre clairement l’importance que la *LSJPA* accorde au droit à la vie privée du jeune contrevenant.

[185] Le tribunal accueille la demande d’ordonnance de non-publication présentée par le jeune contrevenant ou par le ministère public s’il l’estime indiqué *dans les circonstances*, compte tenu de l’intérêt public et de l’importance de la réadaptation de l’adolescent (par. 75(3) *LSJPA*). Cela permet d’assurer que le juge chargé de déterminer la peine prend en compte la présomption de culpabilité morale moins élevée des jeunes contrevenants de même que la protection et la sécurité du public.

[186] Tout cela montre clairement que les dispositions relatives à la publication tiennent compte de la culpabilité morale moins élevée des adolescents.

b) *Les dispositions actuelles régissant la publication sont conformes à l’exigence qu’en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d’établir l’existence de facteurs aggravants*

[187] La juge Abella affirme que les dispositions relatives à la publication violent le principe de justice fondamentale voulant qu’en matière de détermination de la peine il doit incomber au ministère public d’établir l’existence de circonstances aggravantes parce que (1) la publication fait partie d’une peine « plus sévère » et que (2) la suppression de l’interdiction de publication stigmatise le jeune contrevenant et accroît la sévérité de la peine qui lui est infligée (motifs de la juge Abella, par. 86-87).

[188] Premièrement, comme je l’ai déjà expliqué, bien que le régime établi par la *LSJPA* considère l’ordonnance de non-publication comme faisant

and 75(4)), the publication ban forms no part of the young person's sentence in fact.

[189] Secondly, even if I were to accept the proposition that a presumption of publication does increase the severity of the sentence of the young offender because of its psychological impact, the opportunity given to a young person to make an application for the imposition of a publication ban does not eliminate the Crown's burden of establishing aggravating sentencing factors. Without requiring anything more from the young person, the youth justice court *must* take into account the importance of rehabilitating the young person and be satisfied that it would be appropriate to impose a publication ban (s. 75(3) of the *YCJA*). The opportunity to make an application does not rise to the level of a burden of proof of any kind, especially given the fact that the young person must be advised of the opportunity by the sentencing judge (s. 75(1) of the *YCJA*).

[190] As a result, it is my conclusion that the publication provisions do not breach the principle of fundamental justice that the Crown must bear the burden of proving aggravating sentencing factors.

#### IV. Conclusion

[191] For these reasons, the impugned provisions of the *YCJA* are not in contravention of principles of fundamental justice and, in my view, the appeal on the constitutional questions ought to be allowed. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75 and 110(2)(b) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a

partie de la peine aux fins d'appel (par. 37(4) et 75(4) *LSJPA*), l'interdiction de publication ne fait pas partie, en réalité, de la peine infligée à l'adolescent.

[189] Deuxièmement, même si je devais accepter la thèse voulant qu'une présomption de publication augmente effectivement la sévérité de la peine infligée au jeune contrevenant à cause de ses conséquences psychologiques, la possibilité qui est donnée à l'adolescent de demander une ordonnance de non-publication ne dégage pas le ministère public du fardeau — qui lui incombe en matière de détermination de la peine — d'établir l'existence de facteurs aggravants. Sans exiger rien de plus de la part de l'adolescent, le tribunal pour adolescents *doit* tenir compte de l'importance de sa réadaptation et être convaincu qu'il serait approprié d'interdire la publication (par. 75(3) *LSJPA*). La possibilité de présenter une demande ne constitue pas un fardeau de preuve quelconque, compte tenu particulièrement du fait que le juge chargé de déterminer la peine doit informer l'adolescent de cette possibilité (par. 75(1) *LSJPA*).

[190] Je conclus donc que les dispositions relatives à la publication ne violent pas le principe de justice fondamentale voulant qu'en matière de détermination de la peine il incombe au ministère public d'établir l'existence de facteurs aggravants.

#### IV. Conclusion

[191] Pour ces motifs, les dispositions contestées de la *LSJPA* ne violent pas les principes de justice fondamentale, et j'estime qu'il a lieu d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne les questions constitutionnelles. Je suis d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75 et 110(2)(b) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, violent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de



free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

[192] Finally, on the issue of whether D.B.'s youth sentence was reasonable, since the trial judge determined D.B.'s sentence before deciding on the constitutionality of the presumptive sentencing and publication provisions, it cannot be said that the trial judge's sentence was tainted by his determination of the unconstitutionality of the provisions. As a result, I do not believe that the sentence warrants interference by this Court.

#### APPENDIX

*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1

**62.** An adult sentence shall be imposed on a young person who is found guilty of an indictable offence for which an adult is liable to imprisonment for a term of more than two years in the following cases:

(a) in the case of a presumptive offence, if the youth justice court makes an order under subsection 70(2) or paragraph 72(1)(b); or

(b) in any other case, if the youth justice court makes an order under subsection 64(5) or paragraph 72(1)(b) in relation to an offence committed after the young person attained the age of fourteen years.

**63.** (1) A young person who is charged with, or found guilty of, a presumptive offence may, at any time before evidence is called as to sentence or, where no evidence is called, before submissions are made as to sentence, make an application for an order that he or she is not liable to an adult sentence and that a youth sentence must be imposed.

(2) If the Attorney General gives notice to the youth justice court that the Attorney General does not oppose the application, the youth justice court shall, without a hearing, order that the young person, if found guilty, is not liable to an adult sentence and that a youth sentence must be imposed.

droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

[192] Enfin, pour ce qui est de savoir si la peine spécifique infligée à D.B. était raisonnable, étant donné que le juge de première instance l'a déterminée avant de statuer sur la constitutionnalité des dispositions relatives à la publication et aux peines applicables aux infractions désignées, on ne saurait dire que la peine infligée par le juge de première instance a été viciée par sa déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions en cause. Par conséquent, je ne crois pas que la peine infligée justifie l'intervention de notre Cour.

#### ANNEXE

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1

**62.** La peine applicable aux adultes est imposée à l'adolescent déclaré coupable d'une infraction pour laquelle un adulte serait passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans lorsque :

a) dans le cas d'une infraction désignée, le tribunal rend l'ordonnance visée au paragraphe 70(2) ou à l'alinéa 72(1)b);

b) dans le cas d'une autre infraction commise par l'adolescent après qu'il a atteint l'âge de quatorze ans, le tribunal rend l'ordonnance visée au paragraphe 64(5) ou à l'alinéa 72(1)b).

**63.** (1) L'adolescent accusé ou déclaré coupable d'une infraction désignée peut, avant la présentation d'éléments de preuve ou, à défaut de présentation de tels éléments, avant la présentation d'observations dans le cadre de l'audience pour la détermination de la peine, adresser au tribunal une demande de non-assujettissement à la peine applicable aux adultes et d'imposition d'une peine spécifique.

(2) S'il reçoit du procureur général un avis de non-opposition à la demande, le tribunal ordonne, sans tenir audience, en cas de déclaration de culpabilité de l'adolescent, le non-assujettissement de celui-ci à la peine applicable aux adultes et l'imposition d'une peine spécifique.

**64.** (1) The Attorney General may, following an application under subsection 42(9) (judicial determination of serious violent offence), if any is made, and before evidence is called as to sentence or, where no evidence is called, before submissions are made as to sentence, make an application for an order that a young person is liable to an adult sentence if the young person is or has been found guilty of an offence, other than a presumptive offence, for which an adult is liable to imprisonment for a term of more than two years, that was committed after the young person attained the age of fourteen years.

(5) If the young person gives notice to the youth justice court that the young person does not oppose the application for an adult sentence, the youth justice court shall, without a hearing, order that if the young person is found guilty of an offence for which an adult is liable to imprisonment for a term of more than two years, an adult sentence must be imposed.

**70.** (1) The youth justice court, after hearing an application under subsection 42(9) (judicial determination of serious violent offence), if any is made, and before evidence is called or, where no evidence is called, before submissions are made as to sentence, shall inquire whether a young person wishes to make an application under subsection 63(1) (application for youth sentence) and if so, whether the Attorney General would oppose it, if

- (a) the young person has been found guilty of a presumptive offence;
- (b) the young person has not already made an application under subsection 63(1); and
- (c) no order has been made under section 65 (young person not liable to adult sentence).

(2) If the young person indicates that he or she does not wish to make an application under subsection 63(1) (application for youth sentence) or fails to give an indication, the court shall order that an adult sentence be imposed.

**72.** (1) In making its decision on an application heard in accordance with section 71, the youth justice court shall consider the seriousness and circumstances of the offence, and the age, maturity, character, background and previous record of the young person and any other factors that the court considers relevant, and

**64.** (1) Le procureur général peut, après présentation de la demande visée au paragraphe 42(9) (décision — infraction grave avec violence), le cas échéant, et avant la présentation d'éléments de preuve ou, à défaut de présentation de tels éléments, avant la présentation d'observations dans le cadre de l'audience pour la détermination de la peine, demander au tribunal l'assujettissement de l'adolescent à la peine applicable aux adultes si celui-ci est ou a été déclaré coupable d'une infraction, autre qu'une infraction désignée, commise après qu'il a atteint l'âge de quatorze ans et pour laquelle un adulte serait passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans.

(5) S'il reçoit de l'adolescent un avis de non-opposition à la demande d'assujettissement à la peine applicable aux adultes, le tribunal ordonne, sans tenir audience, que celui-ci y soit assujéti s'il est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle un adulte serait passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans.

**70.** (1) Le tribunal pour adolescents, après la présentation de la demande visée au paragraphe 42(9) (décision — infraction grave avec violence), le cas échéant, et avant la présentation d'éléments de preuve ou, à défaut de présentation de tels éléments, avant la présentation d'observations dans le cadre de l'audience pour la détermination de la peine, vérifie si l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée — aucune ordonnance n'ayant été rendue au titre de l'article 65 (non-assujettissement à la peine applicable aux adultes) — désire présenter la demande de non-assujettissement visée au paragraphe 63(1) (demande de non-assujettissement à la peine applicable aux adultes) et, dans l'affirmative, si le procureur général entend s'y opposer.

(2) Si l'adolescent exprime sa volonté de ne pas présenter la demande en question ou omet de se prononcer sur la présentation de celle-ci, le tribunal ordonne son assujettissement à la peine applicable aux adultes.

**72.** (1) Pour décider de la demande entendue conformément à l'article 71, le tribunal pour adolescents tient compte de la gravité de l'infraction et des circonstances de sa perpétration et de l'âge, de la maturité, de la personnalité, des antécédents et des condamnations antérieures de l'adolescent et de tout autre élément qu'il estime pertinent et :

(a) if it is of the opinion that a youth sentence imposed in accordance with the purpose and principles set out in subparagraph 3(1)(b)(ii) and section 38 would have sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour, it shall order that the young person is not liable to an adult sentence and that a youth sentence must be imposed; and

(b) if it is of the opinion that a youth sentence imposed in accordance with the purpose and principles set out in subparagraph 3(1)(b)(ii) and section 38 would not have sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour, it shall order that an adult sentence be imposed.

(2) The onus of satisfying the youth justice court as to the matters referred to in subsection (1) is with the applicant.

**73.** (1) When the youth justice court makes an order under subsection 64(5) or 70(2) or paragraph 72(1)(b) in respect of a young person, the court shall, on a finding of guilt, impose an adult sentence on the young person.

**75.** (1) If the youth justice court imposes a youth sentence in respect of a young person who has been found guilty of having committed a presumptive offence set out in paragraph (a) of the definition “presumptive offence” in subsection 2(1), or an offence under paragraph (b) of that definition for which the Attorney General has given notice under subsection 64(2) (intention to seek adult sentence), the court shall at the sentencing hearing inquire whether the young person or the Attorney General wishes to make an application under subsection (3) for a ban on publication.

(2) If the young person and the Attorney General both indicate that they do not wish to make an application under subsection (3), the court shall endorse the information or indictment accordingly.

(3) On application of the young person or the Attorney General, a youth justice court may order a ban on publication of information that would identify the young person as having been dealt with under this Act if the court considers it appropriate in the circumstances, taking into account the importance of rehabilitating the young person and the public interest.

(4) For the purposes of an appeal in accordance with section 37, an order under subsection (3) is part of the sentence.

**110.** (1) Subject to this section, no person shall publish the name of a young person, or any other information

a) dans le cas où il estime qu’une peine spécifique conforme aux principes et objectif énoncés au sous-alinéa 3(1)b(ii) et à l’article 38 est d’une durée suffisante pour tenir l’adolescent responsable de ses actes délictueux, il ordonne le non-assujettissement à la peine applicable aux adultes et l’imposition d’une peine spécifique;

b) dans le cas contraire, il ordonne l’imposition de la peine applicable aux adultes.

(2) Il incombe au demandeur de démontrer que les conditions énoncées au paragraphe (1) sont remplies.

**73.** (1) Dans le cas où il rend l’ordonnance visée aux paragraphes 64(5) ou 70(2) ou à l’alinéa 72(1)b) et que l’adolescent est déclaré coupable de l’infraction, le tribunal lui impose la peine applicable aux adultes.

**75.** (1) S’il impose une peine spécifique à l’adolescent déclaré coupable d’une infraction qui soit est visée à l’alinéa a) de la définition de « infraction désignée » au paragraphe 2(1), soit est visée à l’alinéa b) de cette définition et a fait l’objet de l’avis mentionné au paragraphe 64(2) (avis — demande d’assujettissement à la peine applicable aux adultes), le tribunal pour adolescents, dans le cadre de l’audience pour la détermination de la peine, vérifie si l’adolescent ou le procureur général entend demander l’ordonnance de non-publication visée au paragraphe (3).

(2) Si l’adolescent et le procureur général expriment leur volonté de ne pas présenter la demande en question, le tribunal en fait état sur la dénonciation ou l’acte d’accusation.

(3) Le juge du tribunal pour adolescents peut par ordonnance, à la demande du procureur général ou de l’adolescent, interdire la publication de tout renseignement permettant de constater que celui-ci a fait l’objet de mesures prises sous le régime de la présente loi s’il l’estime indiqué dans les circonstances, compte tenu de l’intérêt public et de l’importance de la réadaptation de l’adolescent.

(4) Pour l’application de l’article 37, l’ordonnance rendue en vertu du paragraphe (3) fait partie de la peine.

**110.** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de publier le nom d’un

related to a young person, if it would identify the young person as a young person dealt with under this Act.

(2) Subsection (1) does not apply

(a) in a case where the information relates to a young person who has received an adult sentence;

(b) subject to sections 65 (young person not liable to adult sentence) and 75 (youth sentence imposed despite presumptive offence), in a case where the information relates to a young person who has received a youth sentence for an offence set out in paragraph (a) of the definition “presumptive offence” in subsection 2(1), or an offence set out in paragraph (b) of that definition for which the Attorney General has given notice under subsection 64(2) (intention to seek adult sentence); and

(c) in a case where the publication of information is made in the course of the administration of justice, if it is not the purpose of the publication to make the information known in the community.

*Appeal dismissed, BASTARACHE, DESCHAMPS, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting in part.*

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

*Solicitors for the respondent: Dean D. Paquette & Associates, Hamilton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

adolescent ou tout autre renseignement de nature à révéler qu’il a fait l’objet de mesures prises sous le régime de la présente loi.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas lorsque les renseignements :

a) concernent un adolescent à qui a été imposée une peine applicable aux adultes;

b) concernent un adolescent à qui a été imposée une peine spécifique pour une infraction désignée visée à l’alinéa a) de la définition de ce terme au paragraphe 2(1) ou pour une infraction visée à l’alinéa b) de cette définition à l’égard de laquelle le procureur général a donné l’avis mentionné au paragraphe 64(2) (avis — demande d’assujettissement à la peine applicable aux adultes), sous réserve des articles 65 (non-assujettissement à la peine applicable aux adultes à l’initiative du procureur général) et 75 (imposition d’une peine spécifique pour une infraction désignée);

c) sont publiés dans le cadre de l’administration de la justice, à condition toutefois que la publication ne vise pas à diffuser les renseignements dans la collectivité.

*Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents en partie.*

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

*Procureurs de l’intimé : Dean D. Paquette & Associates, Hamilton.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureur de l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the intervener the Justice for Children and Youth: Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

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

v.

**Allan McLarty** *Respondent/Appellant on  
cross-appeal*

**INDEXED AS: CANADA v. McLARTY**

**Neutral citation: 2008 SCC 26.**

File No.: 31516.

2008: January 28; 2008: May 22.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Taxation — Income tax — Computation of income — Deductions — Canadian exploration expenses — Absolute or contingent liability — Limited recourse debt — Arm's length transaction — Taxpayer purchasing interest in proprietary seismic data as participant in oil and gas joint venture — Interest acquired for \$100,000, satisfied by cash of \$15,000 and promissory note of \$85,000, payable at future date — Taxpayer deducting \$81,655 from income as Canadian exploration expense in 1992 and additional \$14,854 in 1994 — Minister reassessing deductions on basis that seismic data had fair market value of \$32,182, not \$100,000 — Whether taxpayer's liability under promissory note absolute or contingent — Whether taxpayer's purchase transaction was at arm's length — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 66.1(6) "Canadian exploration expense" (a), 69(1)(a), 251(1).*

On December 31, 1992, M purchased from C, an oil and gas exploration and development corporation, an interest in proprietary seismic data, as a participant in an oil and gas joint venture. M acquired a 1.57% interest in the data for the price of \$100,000, satisfied by cash of \$15,000 and a promissory note of \$85,000 payable with interest to C on December 31, 1999. The principal and interest was to be paid from 60% of the cash

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

c.

**Allan McLarty** *Intimé/Appelant au pourvoi  
incident*

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. McLARTY**

**Référence neutre : 2008 CSC 26.**

N° du greffe : 31516.

2008 : 28 janvier; 2008 : 22 mai.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Taxation — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Frais d'exploration au Canada — Dette absolue ou éventuelle — Dette avec recours limité — Opération sans lien de dépendance — Achat par le contribuable d'un intérêt dans des données sismiques exclusives à titre de participant dans une coentreprise d'exploration pétrolière et gazière — Intérêt acquis au coût de 100 000 \$, acquitté par le versement de 15 000 \$ en argent comptant et un billet de 85 000 \$ payable à une date ultérieure — Déduction du revenu par le contribuable d'une somme de 81 655 \$ à titre de frais d'exploration au Canada en 1992 et d'une somme additionnelle de 14 854 \$ en 1994 — Nouvelles cotisations du ministre attribuant aux données sismiques une juste valeur marchande de 32 182 \$ plutôt que 100 000 \$ — La dette du contribuable aux termes du billet est-elle absolue ou éventuelle? — L'acquisition des données par le contribuable était-elle une opération sans lien de dépendance? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada » a), 69(1)a), 251(1).*

Le 31 décembre 1992, M, un participant dans une coentreprise d'exploration pétrolière et gazière, a acquis de C, une société d'exploration et d'exploitation du pétrole et du gaz, un intérêt dans des données sismiques exclusives. M a acquis un intérêt de 1,57 % dans les données au prix de 100 000 \$, acquitté par le versement de 15 000 \$ en argent comptant et un billet de 85 000 \$ payable avec intérêts à C le 31 décembre

proceeds received from any future sales or licensing of the seismic data and from 20% of the production cash flow generated from petroleum rights from the drilling programs. The note also provided that, should any principal or interest remain unpaid at the maturity of the note, a trustee was to be appointed to sell the seismic data with the proceeds of sale being allocated 60% in reduction of amounts owing under the note and 40% to M. On December 31, 2001, M signed an acknowledgment whereby C agreed to extend the due date of the promissory note to December 31, 2002. On filing his income tax return for 1992, M treated his purchase of seismic data as a Canadian exploration expense and added \$100,000 to his cumulative Canadian exploration expense pool. In calculating his income, he deducted \$81,655 as a Canadian exploration expense in 1992, and an additional \$14,854 in 1994, reducing his pool accordingly. The Minister reassessed M on the basis that the seismic data had a fair market value of \$32,182, not \$100,000. M challenged the reassessment. The Tax Court found that M was entitled to a \$100,000 deduction. The Federal Court of Appeal set aside the decision, concluding that M was not dealing with C at arm's length, and remitted the matter to the Tax Court for a determination of whether the fair market value of the seismic data exceeded \$32,182.

The issue on the appeal before this Court is whether M's liability under the promissory note was absolute or contingent. Under s. 66.1(6) of the *Income Tax Act*, the deduction for Canadian exploration expenses is available only to taxpayers who have made themselves absolutely liable. On the cross-appeal, the issue is whether M was dealing with C at arm's length. Where parties are found not to be dealing at arm's length, the taxpayer who has made an acquisition is deemed to have made the acquisition at fair market value.

*Held* (Bastarache and Abella JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed. The trial judge's decision should be restored.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: Under s. 66.1(6) of the *Income Tax Act*, a taxpayer may take a deduction where

1999. Selon le billet, 60 % du produit en argent comptant procuré par toute future vente ou concession de licence des données sismiques et 20 % des rentrées de fonds de production tirées des droits relatifs aux hydrocarbures obtenus dans le cadre des programmes de forage devaient servir au remboursement du capital et de l'intérêt. Le billet prévoyait également que, dans le cas où une somme demeurerait impayée à l'échéance du billet, au titre du capital ou des intérêts, un fiduciaire serait nommé pour la vente des données sismiques, et le produit de la vente serait affecté dans une proportion de 60 % à la réduction des sommes dues en vertu du billet et attribué dans une proportion de 40 % à M. Le 31 décembre 2001, M a signé une reconnaissance par laquelle C acceptait de proroger au 31 décembre 2002 l'échéance du billet. Lorsqu'il a produit sa déclaration de revenus de 1992, M a considéré son acquisition de données sismiques comme des frais d'exploration au Canada et a ajouté la somme de 100 000 \$ à son compte de frais cumulatifs d'exploration au Canada. Dans le calcul de son revenu, il a déduit la somme de 81 655 \$ à titre de frais d'exploration au Canada en 1992 et une somme additionnelle de 14 854 \$ en 1994, réduisant son compte d'autant. Le ministre a établi de nouvelles cotisations à l'égard de M, en attribuant aux données sismiques une juste valeur marchande de 32 182 \$ plutôt que 100 000 \$. M a contesté les nouvelles cotisations. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que M avait droit à une déduction de 100 000 \$. En concluant à l'existence d'un lien de dépendance entre M et C, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision et a renvoyé l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle détermine si la juste valeur marchande des données sismiques était supérieure à 32 182 \$.

Devant notre Cour, la question à trancher dans le pourvoi principal est de savoir si la dette de M en vertu du billet était absolue ou éventuelle. Aux termes du par. 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la déduction des frais d'exploration au Canada n'est offerte qu'aux contribuables qui ont contracté une obligation absolue. Dans le pourvoi incident, la question à trancher est de savoir s'il existait un lien de dépendance entre M et C. Lorsqu'un lien de dépendance existe entre les parties, le contribuable qui a fait une acquisition est réputé l'avoir faite à la juste valeur marchande.

*Arrêt* (les juges Bastarache et Abella sont dissidents quant au pourvoi principal) : Le pourvoi principal est rejeté et le pourvoi incident est accueilli. La décision du juge de première instance est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Aux termes du par. 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un

he has incurred an expense and, generally, a taxpayer incurs an expense when he has a legal obligation to pay a sum of money. In this case, M is entitled to a deduction of \$100,000 as a Canadian exploration expense under s. 66.1(6) because he has incurred an expense. The test for a contingent liability defines a contingency as an event which may or may not occur, and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen. The test is simply whether a legal obligation comes into existence at a point in time or whether it will not come into existence until the occurrence of an event which may never occur. Here, on December 31, 1992, M agreed to pay \$85,000 together with interest at 8%. The obligation to repay the principal and the interest under the note came into existence at that time. There was no certainty that there would be future sales or licensing of the seismic data, nor was there certainty that there would be production cash flow from petroleum rights from drilling programs. Were these the only conditions upon which the note would be repaid, the liability would be contingent. However, the note provided that should any amount be outstanding at maturity, C would have recourse to the security, that is, the data acquired by M. Events are not uncertain at maturity. The terms of the promissory note demonstrate that M's liability was absolute, not contingent. The fact that the value of the collateral security at maturity may not be sufficient for the creditor to make full recovery does not make the liability contingent. Nor does the fact that the amount that will be paid at the end of the day is uncertain. The present case involves limited recourse debt and a creditor's limited recourse on default of a debt cannot make an otherwise absolute liability contingent, nor can it turn an otherwise contingent obligation into one that is absolute. In other words, the extent of recourse has no bearing on the question of whether a liability is absolute or contingent. The Minister's arguments against absolute liability do identify uncertainties, but they are not uncertainties based on whether a future event will or will not occur and, therefore, they do not meet the test for contingent liability. [9] [14] [17-18] [24-25] [27] [29-31] [33] [39]

There was no basis to interfere with the trial judge's findings that M's dealings with C were at arm's length. The parties in this case were not related and it is a question of fact whether they were dealing at arm's length. With respect to the purchase of the seismic data, the

contribuable peut demander une déduction s'il a engagé une dépense et, de façon générale, un contribuable engage une dépense lorsqu'il a une obligation juridique de payer une somme d'argent. En l'espèce, M a droit à une déduction de 100 000 \$ à titre de frais d'exploration au Canada aux termes du par. 66.1(6) parce qu'il a engagé une dépense. Suivant le critère admis pour déterminer si une dette est éventuelle, une éventualité est un événement qui peut se produire ou ne pas se produire et une dette éventuelle est une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire. Le critère consiste simplement à savoir si une obligation juridique naît à un certain moment, ou si elle naîtra seulement lorsque se produira un événement qui peut ne jamais se produire. En l'espèce, le 31 décembre 1992, M s'est engagé à payer la somme de 85 000 \$, avec les intérêts au taux de 8 %. L'obligation de rembourser le principal et les intérêts aux termes du billet a vu le jour à ce moment-là. Il n'était pas certain qu'il y aurait de futures ventes des données sismiques ou concessions de licence à leur égard, ni qu'il y aurait des rentrées de fonds de production tirées des droits relatifs aux hydrocarbures obtenus dans le cadre des programmes de forage. S'il s'agissait là des seules conditions établies pour le remboursement du billet, la dette serait éventuelle. Toutefois, le billet stipulait que, si une somme était due à l'échéance, C aurait recours à la garantie, soit les données acquises par M. À l'échéance, les événements ne sont pas incertains. Les conditions du billet établissent que la dette de M était de nature absolue et non éventuelle. Le fait que la valeur de la garantie à l'échéance du billet puisse ne pas être suffisante pour permettre au créancier de recouvrer sa créance en totalité ne rend pas la dette éventuelle. De même, le fait que la somme qui sera payée en fin de compte soit incertaine ne rend pas la dette éventuelle. Il est question en l'espèce d'une dette avec recours limité, et le recours limité d'un créancier en cas de non-paiement de la dette ne peut rendre éventuelle une obligation qui est par ailleurs absolue, comme il ne peut rendre absolue une obligation qui est par ailleurs éventuelle. En d'autres mots, l'étendue du recours est sans incidence sur la nature absolue ou éventuelle de l'obligation. Les arguments du ministre à l'encontre de la dette absolue indiquent certes des incertitudes, mais ces incertitudes ne dépendent pas d'un événement futur qui pourra se produire ou ne pas se produire et par conséquent, elles ne satisfont pas au critère relatif à l'obligation éventuelle. [9] [14] [17-18] [24-25] [27] [29-31] [33] [39]

Il n'y avait aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les opérations entre M et C étaient sans lien de dépendance. Les parties en l'espèce n'étaient pas liées entre elles et la question de savoir s'il existait entre elles un lien de



appropriate relationship to assess was that between C and M. While the initial focus is on the transaction between C as vendor and C as purchasing agent for the joint venture participants, all the relevant circumstances must be considered to determine if M was dealing with the vendor at arm's length. Here, the trial judge applied the relevant indicia for identifying dealings not at arm's length and found that C and its principal did not influence M's decision to invest, there was no evidence that C and M acted in concert without separate interests, and no party had the power to impose its will on the other. The trial judge also placed significance on the limitations imposed on the purchase transaction by the Offering Memorandum, which limited the purchase price to not higher than the lowest valuation. It was appropriate for the trial judge to have considered the entirety of the transactions by which M bound himself to purchase his interest in the seismic data and place limitations on C as his agent with respect to the purchase price of the data. It was for the trial judge to draw inferences from these facts. In the absence of palpable and overriding error, the Federal Court of Appeal was in error in interfering with the conclusion of the trial judge. [45] [54] [61] [63] [68] [70] [73] [75]

*Per Bastarache and Abella JJ. (dissenting on the appeal):* The transaction occurred at arm's length, but M's promissory note is a contingent liability and therefore does not meet the requirements of s. 66.1(6) of the *Income Tax Act*. M's liability depends on whether the business venture generates revenues. Whether it will do so is uncertain. This in turn makes the liabilities that depend on revenue generation uncertain and, accordingly, contingent. Under the terms of the note, M would never be personally liable for the \$85,000. C would only receive the full amount if the venture proved sufficiently profitable (or the data, on resale, sufficiently valuable) to cover the debt. Moreover, the terms of the note specify that M would only be obliged to repay 60% of the sold data and that any balance owing after the allocation of the proceeds would be forgiven. This cannot be equated to an absolute liability to pay \$85,000. M may eventually claim a tax deduction if he pays C some amount under the promissory note. But until he incurs the expense, it is difficult to see his liability as anything other than contingent. [79] [86] [89-91]

dépendance est une question de fait. Pour ce qui est de l'acquisition des données sismiques, la relation qu'il fallait apprécier était celle entre C et M. Bien que l'analyse soit au départ centrée sur l'opération intervenue entre C en tant que vendeur et C en tant que mandataire des coentrepreneurs pour l'acquisition, il faut prendre en considération la totalité des circonstances pertinentes pour déterminer s'il existait un lien de dépendance entre M et le vendeur. En l'espèce, le juge de première instance a appliqué les critères selon lesquels on peut reconnaître les opérations sans lien de dépendance et a conclu que C et son mandant n'avaient pas influencé la décision de M d'investir, qu'il n'y avait pas de preuve que C et M aient agi de concert sans intérêts distincts, et qu'aucune partie n'avait le pouvoir d'imposer sa volonté à l'autre. Le juge a également accordé de l'importance aux limites imposées par la notice d'offre à l'égard de l'opération d'acquisition, laquelle limitait le prix d'achat au montant de l'évaluation la plus basse. Il était opportun pour le juge de première instance de prendre en considération la totalité des opérations par lesquelles M s'est engagé à faire l'acquisition d'un intérêt dans les données sismiques et à fixer des limites à C à titre de mandataire quant au prix d'acquisition des données. Il appartenait au juge de première instance de tirer des inférences de ces faits. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel fédérale a fait une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance. [45] [54] [61] [63] [68] [70] [73] [75]

*Les juges Bastarache et Abella (dissidents quant au pourvoi principal) :* L'opération a été effectuée sans lien de dépendance, mais le billet de M est une dette éventuelle et ne satisfait donc pas aux exigences du par. 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'obligation de M dépend de la production de revenus par l'entreprise. Il n'est pas certain qu'elle produise des revenus suffisants, ce qui donne un caractère incertain, et par conséquent éventuel, aux obligations qui dépendent de la production de revenus. Aux termes du billet, M ne serait jamais personnellement responsable du paiement de la somme de 85 000 \$. C ne recevrait le plein montant que si l'entreprise s'avérerait suffisamment lucrative (ou les données, à la revente, s'avéreraient d'une valeur suffisante) pour couvrir la dette. En outre, les conditions du billet précisent que M ne serait tenu de rembourser que 60 % du produit de la vente des données et que tout solde éventuellement dû après l'affectation de ce produit ferait l'objet d'une renonciation. Cela ne saurait être considéré comme une obligation absolue de payer la somme de 85 000 \$. M pourra un jour demander une déduction fiscale s'il paie à C une certaine somme aux termes du billet. Mais jusqu'à ce qu'il engage la dépense, il est difficile de considérer sa dette autrement que comme une dette éventuelle. [79] [86] [89-91]

**Cases Cited**

By Rothstein J.

**Distinguished:** *Global Communications Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 5377; **referred to:** *Wawang Forest Products Ltd. v. The Queen*, 2001 D.T.C. 5212, 2001 FCA 80; *Winter v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235; *Mandel v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 560, aff'd [1980] 1 S.C.R. 318; *Hill v. The Queen*, 2002 D.T.C. 1749; *Swiss Bank Corp. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 1144; *Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 197, aff'd [1991] 2 C.T.C. 221.

By Bastarache and Abella JJ. (dissenting on the appeal)

*Wawang Forest Products Ltd. v. The Queen*, 2001 D.T.C. 5212, 2001 FCA 80; *J. L. Guay Ltée v. M.N.R.*, 75 D.T.C. 5094, aff'g [1973] C.T.C. 506, aff'g [1971] C.F. 237; *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, aff'g [1977] 1 F.C. 673.

**Statutes and Regulations Cited**

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 66.1(6) "Canadian exploration expense" (a), 69(1)(a), 251(1).

**Authors Cited**

Canada. Canada Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-419R2, "Meaning of Arm's Length", June 8, 2004.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sexton, Evans and Malone J.J.A.), [2006] 4 C.T.C. 16, 348 N.R. 90, 2006 D.T.C. 6340, [2006] F.C.J. No. 656 (QL), 2006 CarswellNat 1096, 2006 FCA 152, setting aside an order of Little J., [2005] 1 C.T.C. 2875, 2005 D.T.C. 217, [2005] T.C.J. No. 42 (QL), 2005 CarswellNat 127, 2005 TCC 55. Appeal dismissed, Bastarache and Abella JJ. dissenting. Cross-appeal allowed.

*Wendy Burnham and Pierre Cossette*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Global Communications Ltd. c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 966 (QL); **arrêts mentionnés :** *Wawang Forest Products Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 449 (QL), 2001 CAF 80; *Winter c. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235; *Mandel c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 560, conf. par [1980] 1 R.C.S. 318; *Hill c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 220 (QL); *Swiss Bank Corp. c. M.N.R.*, [1974] R.C.S. 1144; *Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 21 (QL), conf. par [1991] A.C.F. n° 1008 (QL).

Citée par les juges Bastarache et Abella (dissidents quant au pourvoi principal)

*Wawang Forest Products Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 449 (QL), 2001 CAF 80; *J. L. Guay Ltée c. M.N.R.*, [1975] C.T.C. 97, conf. [1972] A.C.F. n° 134 (QL), conf. [1971] C.F. 237; *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, conf. [1977] 1 C.F. 673.

**Lois et règlements cités**

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada » a), 69(1)a), 251(1).

**Doctrine citée**

Canada. Agence du revenu du Canada. Bulletin d'interprétation IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », le 8 juin 2004.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sexton, Evans et Malone), [2006] 4 C.T.C. 16, 348 N.R. 90, 2006 D.T.C. 6340, [2006] A.C.F. n° 656 (QL), 2006 CarswellNat 2805, 2006 CAF 152, qui a infirmé une ordonnance du juge Little, [2005] 1 C.T.C. 2875, 2005 D.T.C. 217, [2005] A.C.I. n° 42 (QL), 2005 CarswellNat 127, 2005 CCI 55. Pourvoi principal rejeté, les juges Bastarache et Abella sont dissidents. Pourvoi incident accueilli.

*Wendy Burnham et Pierre Cossette*, pour l'appellante/intimée au pourvoi incident.

*Jehad Haymour, Carman R. McNary and Peter D. Banks*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether a liability is absolute or contingent. In the circumstances of this appeal, if it was absolute, it could be deducted as an expense for income tax purposes. If it was contingent, it could not.

[2] The issue in the cross-appeal is whether, in acquiring an asset, the purchaser was dealing with the vendor at arm's length. If he was, the purchase price of the asset could be deducted as an expense for income tax purposes. If he was not, the Minister of National Revenue was entitled to reassess on the basis of the fair market value of the asset. In that case, it would only be the fair market value that could be deducted as an expense for income tax purposes.

[3] In my opinion, the appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

### II. Facts

[4] On December 31, 1992, the respondent, Allan McLarty, purchased from Compton Resource Corporation ("Compton" or "CRC") an interest in proprietary seismic data as a participant in an oil and gas joint venture, the CRC 1992/1993 Oil and Gas Investment Fund.

[5] McLarty acquired a 1.57% interest in the data for the price of \$100,000, satisfied by cash of \$15,000 and a promissory note of \$85,000 payable with interest to Compton on December 31, 1999.

*Jehad Haymour, Carman R. McNary et Peter D. Banks*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Dans ce pourvoi, il s'agit de déterminer si une dette est absolue ou éventuelle. Dans les circonstances du pourvoi, si elle est absolue, elle pouvait être déduite à titre de dépense pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Si elle est éventuelle, elle ne pouvait pas l'être.

[2] Dans le pourvoi incident, il s'agit de décider si, lors de l'acquisition d'un bien, il existait un lien dépendance entre l'acquéreur et le vendeur. En l'absence de lien de dépendance entre eux, le prix d'acquisition du bien pouvait être déduit à titre de dépense pour les besoins de l'impôt sur le revenu. Dans le cas contraire, le ministre du Revenu national avait le droit d'établir une nouvelle cotisation basée sur la juste valeur marchande du bien. Seule la juste valeur marchande pourrait alors être déduite à titre de dépense pour les besoins de l'impôt sur le revenu.

[3] À mon avis, le pourvoi devrait être rejeté et le pourvoi incident devrait être accueilli.

### II. Les faits

[4] Le 31 décembre 1992, l'intimé, Allan McLarty, a acquis de Compton Resource Corporation (« Compton » ou « CRC ») un intérêt dans des données sismiques exclusives à titre de participant dans une coentreprise d'exploration pétrolière et gazière appelée CRC 1992/1993 Oil and Gas Investment Fund.

[5] Monsieur McLarty a acquis un intérêt de 1,57 % dans les données au prix de 100 000 \$, acquitté par le versement de 15 000 \$ en argent comptant et un billet de 85 000 \$ payable avec intérêts à Compton le 31 décembre 1999.

[6] On December 31, 2001, McLarty signed an acknowledgment whereby Compton agreed to extend the due date of the promissory note to December 31, 2002.

[7] As of the end of 2001, the balance owing on the promissory note was \$93,242.

[8] On filing his income tax return for 1992, McLarty treated his purchase of seismic data as Canadian exploration expense (“CEE”) and added \$100,000 to his cumulative Canadian exploration expense pool. In calculating his income, he deducted \$81,655 as CEE in 1992, and an additional \$14,854 in 1994, reducing his pool accordingly. The Minister reassessed McLarty on the basis that the seismic data had a fair market value of \$32,182, not \$100,000.

[9] The issues at trial were:

1. Whether McLarty’s purchase of the seismic data was for the purpose of exploration for petroleum or natural gas as required by s. 66.1(6) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).
2. Whether McLarty’s liability under the promissory note was absolute or contingent.
3. Whether, in purchasing the seismic data, McLarty was dealing with the vendor, Compton, at arm’s length.
4. If the dealing was not at arm’s length, was the fair market value of the seismic data in excess of \$32,182?
5. Whether a deduction in excess of \$32,182 was reasonable.

The trial judge found in favour of McLarty on all issues entitling him to a deduction of \$100,000 ([2005] 1 C.T.C. 2875, 2005 TCC 55).

[6] Le 31 décembre 2001, M. McLarty a signé une reconnaissance par laquelle Compton acceptait de proroger au 31 décembre 2002 l’échéance du billet.

[7] À la fin de 2001, le solde dû relativement au billet était de 93 242 \$.

[8] Lorsqu’il a produit sa déclaration de revenus de 1992, M. McLarty a considéré son acquisition de données sismiques comme des frais d’exploration au Canada (« FEC ») et a ajouté la somme de 100 000 \$ à son compte de frais cumulatifs d’exploration au Canada. Dans le calcul de son revenu, il a déduit la somme de 81 655 \$ à titre de FEC en 1992 et une somme additionnelle de 14 854 \$ en 1994, réduisant son compte d’autant. Le ministre a établi de nouvelles cotisations à l’égard de M. McLarty, en attribuant aux données sismiques une juste valeur marchande de 32 182 \$ plutôt que de 100 000 \$.

[9] Le procès a porté sur les questions suivantes :

1. Monsieur McLarty a-t-il acheté les données sismiques en vue de l’exploration de gisements de pétrole ou de gaz naturel comme l’exigeait le par. 66.1(6) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)?
2. La dette de M. McLarty en vertu du billet était-elle de nature absolue ou de nature éventuelle?
3. L’acquisition des données sismiques par M. McLarty auprès de Compton était-elle une opération sans lien de dépendance?
4. Si l’opération a été faite avec un lien de dépendance, la juste valeur marchande des données sismiques était-elle supérieure à 32 182 \$?
5. Une déduction supérieure à 32 182 \$ était-elle raisonnable?

Le juge de première instance a donné pour toutes ces questions une réponse favorable à M. McLarty, lui reconnaissant ainsi le droit à une déduction de 100 000 \$ ([2005] A.C.I. n° 42 (QL), 2005 CCI 55).

[10] Except for the issue of whether a deduction in excess of \$32,182 was reasonable, which was not appealed, the Federal Court of Appeal dealt with the remaining four issues ([2006] 4 C.T.C. 16, 2006 FCA 152). It found in favour of McLarty on the issue of the business purpose of the purchase and on the issue of the nature of the liability. However, it found that McLarty was not dealing with Compton at arm's length. It therefore allowed the appeal and remitted the matter to the Tax Court for a determination of whether the fair market value of the seismic data exceeded \$32,182.

[11] Before this Court, the only issues are whether McLarty's liability under the promissory note was absolute or contingent and whether McLarty was dealing with Compton at arm's length. I deal first with the absolute/contingent liability issue.

### III. Provisions Under Which McLarty Claimed a Deduction

[12] Section 66.1(6) of the *Income Tax Act* defines a Canadian exploration expense. The definition provides in relevant part:

“Canadian exploration expense” of a taxpayer means any expense incurred . . . that is

(a) any expense including a geological, geophysical or geochemical expense incurred by the taxpayer . . . for the purpose of determining the existence, location, extent or quality of an accumulation of petroleum or natural gas . . . in Canada,

[13] An expense that qualifies as CEE is included in a taxpayer's “cumulative Canadian exploration expense” pool that can be deducted in full in the year the expense was incurred or carried forward for deduction when needed. Unlike many business expenses under the *Income Tax Act*, CEE is not tied to the source of the income in relation to which the expense is incurred, but may be deducted from any income of the taxpayer.

[10] La conclusion relative au caractère raisonnable d'une déduction supérieure à 32 182 \$ n'a pas été portée en appel, mais la Cour d'appel fédérale a statué sur les quatre autres questions ([2006] A.C.F. n° 656 (QL), 2006 CAF 152). Elle a donné raison à M. McLarty en ce qui concerne l'objet commercial de l'acquisition et la nature de la dette. Elle a cependant conclu à l'existence d'un lien de dépendance entre M. McLarty et Compton. Elle a par conséquent accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle décide si la juste valeur marchande des données sismiques était supérieure à 32 182 \$.

[11] Devant notre Cour, les seules questions à trancher sont de savoir si la dette de M. McLarty en vertu du billet était absolue ou éventuelle, et s'il existait ou non un lien de dépendance entre M. McLarty et Compton. J'examine tout d'abord la question de la nature absolue ou éventuelle de la dette.

### III. Les dispositions sur lesquelles repose la déduction demandée par M. McLarty

[12] La notion de frais d'exploration au Canada est définie au par. 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voici les parties pertinentes de cette définition :

« frais d'exploration au Canada » Relativement à un contribuable, les dépenses suivantes, engagées . . . :

a) une dépense, y compris une dépense à des fins géologiques, géophysiques ou géochimiques, engagée par le contribuable [. . .] en vue de déterminer l'existence, la localisation, l'étendue ou la qualité d'un gisement de pétrole ou de gaz naturel [. . .] au Canada;

[13] Les frais admissibles à titre de FEC sont inclus dans le compte des « frais cumulatifs d'exploration au Canada » du contribuable qui peuvent être déduits en totalité l'année où les frais ont été engagés, ou être reportés pour être déduits au besoin. Contrairement à de nombreuses dépenses d'entreprise sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les FEC ne sont pas rattachés à la source de revenu à l'égard de laquelle les frais ont été engagés; ils peuvent être déduits de tout revenu du contribuable.

IV. AnalysisA. *Was the Appellant's Liability Absolute or Contingent?*1. Definition of a Contingent Liability

[14] As explained by Sharlow J.A. in *Wawang Forest Products Ltd. v. The Queen*, 2001 D.T.C. 5212, 2001 FCA 80, at para. 9, generally a taxpayer incurs an expense when he has a legal obligation to pay a sum of money. In the present case, in addition to his cash payment of \$15,000, McLarty signed a promissory note for \$85,000 on December 31, 1992 and deducted \$81,655 in 1992 and a further \$14,854 in 1994. He could only deduct amounts in excess of his cash payment if the note for \$85,000 constituted an expense incurred under s. 66.1(6).

[15] The Minister says the note for \$85,000 was a contingent liability and was therefore not an expense incurred in 1992. McLarty says the obligation he incurred on signing the note was absolute and therefore was an expense incurred under s. 66.1(6) in 1992.

[16] It is agreed that the expense will have been incurred if the liability is absolute and not if it is contingent.

[17] The well-accepted test for a contingent liability was described by Lord Guest in *Winter v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), at p. 262:

I should define a contingency as an event which may or may not occur and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen.

The focus is therefore on two particular types of uncertainty: (1) whether an event may or may not occur; and (2) whether a liability depends for its existence upon whether that event may or may not happen.

IV. AnalyseA. *La dette de l'appelant était-elle de nature absolue ou éventuelle?*1. La définition d'une dette éventuelle

[14] De façon générale, comme l'a expliqué la juge Sharlow dans *Wawang Forest Products Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 449 (QL), 2001 CAF 80, par. 9, un contribuable effectue une dépense lorsqu'il a l'obligation juridique de payer une somme d'argent. En l'espèce, en plus d'avoir versé 15 000 \$ en argent comptant, M. McLarty a signé un billet de 85 000 \$ le 31 décembre 1992 et a déduit la somme de 81 655 \$ en 1992, puis la somme de 14 854 \$ en 1994. Il ne pouvait déduire des sommes supérieures à son paiement en argent comptant que si le billet de 85 000 \$ constituait une dépense engagée en conformité avec le par. 66.1(6).

[15] Le ministre soutient que le billet de 85 000 \$, étant une dette éventuelle, ne constituait pas une dépense effectuée en 1992. Monsieur McLarty affirme que l'obligation contractée en signant le billet était de nature absolue et constituait par conséquent une dépense engagée en conformité avec le par. 66.1(6) en 1992.

[16] Les parties s'entendent pour dire que la dépense aura été engagée si la dette est de nature absolue mais non si elle est de nature éventuelle.

[17] Le critère admis pour déterminer si une dette est éventuelle a été décrit par lord Guest dans l'arrêt *Winter c. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), p. 262 :

[TRADUCTION] Il convient de préciser qu'une éventualité est un événement qui peut se produire ou ne pas se produire et qu'une dette éventuelle est une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire.

L'accent est donc placé sur deux types particuliers d'incertitude : (1) le fait qu'un événement peut se produire ou ne pas se produire; (2) le fait que la dette existera ou non selon que cet événement se produira ou ne se produira pas.

[18] What constitutes a contingent liability was further clarified by Sharlow J.A. in *Wawang*, at para. 15. By themselves, three uncertainties will not determine whether a liability is contingent. I paraphrase her reasons as follows:

- a. Uncertainty as to whether the payment will be made. For example, a liability may be incurred when the taxpayer is in financial difficulty and there is a significant risk of non-payment. That does not mean the obligation was never incurred;
- b. Uncertainty as to the amount payable. There is always uncertainty as to the amount that may be payable. There is never certainty that the borrower will be able to pay the amount owing when the note comes due. That type of uncertainty does not make a liability contingent;
- c. Uncertainty as to the time by which payment shall be made. An obligation is not contingent because payment may be postponed if certain events occur.

The test is simply whether a legal obligation comes into existence at a point in time or whether it will not come into existence until the occurrence of an event which may never occur.

## 2. Is the Liability in This Case Absolute or Contingent?

[19] To determine the answer to this question, it is necessary to have regard to the terms of the promissory note signed by McLarty on December 31, 1992.

[20] The promissory note signed by McLarty was payable to Compton Resource Corporation. It reads as follows:

The undersigned, FOR VALUE RECEIVED, hereby promises to pay to COMPTON RESOURCE CORPORATION (the "Noteholder") on the 31st day of December, 1999, the sum of eighty-five thousand (\$85,000) in lawful money of Canada together with any accrued

[18] La juge Sharlow a donné des précisions sur ce qui constitue une dette éventuelle au par. 15 de l'arrêt *Wawang*. Trois incertitudes ne permettront pas en elles-mêmes de dire si une dette est éventuelle. Je paraphrase ses motifs comme suit :

- a. l'incertitude quant à la question de savoir si le paiement sera effectué. Par exemple, une dette peut être contractée à un moment où le contribuable éprouve des difficultés financières et où le risque de défaut de paiement est important. Cela ne veut pas dire que la dette n'a jamais été contractée;
- b. l'incertitude quant à la somme à payer. Il existe toujours une incertitude à l'égard de la somme susceptible d'être payable. Il n'est jamais certain que l'emprunteur sera en mesure de payer la somme due lorsque le billet deviendra exigible. Ce type d'incertitude ne fait pas d'une dette une dette éventuelle;
- c. l'incertitude quant au moment où sera effectué le paiement. Une dette n'est pas éventuelle parce que le paiement peut être différé si certains événements se produisent.

Le critère consiste simplement à savoir si une obligation juridique naît à un certain moment, ou si elle naîtra seulement lorsque se produira un événement qui peut ne jamais se produire.

## 2. En l'espèce, la dette est-elle absolue ou éventuelle?

[19] Pour répondre à cette question, il est nécessaire de tenir compte des conditions du billet signé par M. McLarty le 31 décembre 1992.

[20] Le billet signé par M. McLarty était payable à Compton Resource Corporation. Il est rédigé comme suit :

[TRADUCTION] Le soussigné, MOYENNANT CONTREPARTIE, promet par les présentes de verser à COMPTON RESOURCE CORPORATION (la « détentrice du billet » ) le 31 décembre 1999 la somme de quatre-vingt-cinq mille dollars (85 000 \$) en argent

and unpaid interest on any unpaid portion of the said principal sum, which interest shall accrue from and after December 31, 1992, at the rate of eight per cent (8%) per annum calculated annually and not in advance.

The terms of repayment of this promissory note to the Noteholder shall be limited to those terms set out herein and no other action shall lie against the undersigned in respect of any covenant for payment.

The indebtedness of the undersigned shall be reduced only in accordance with the provisions set forth in Schedule 1 attached hereto, which schedule is incorporated into and forms part of this promissory note.

This promissory note shall be non-negotiable and non-assignable by the Noteholder without the prior written consent of the undersigned and the assignee first agreeing in writing with the undersigned to be bound by the terms hereof. The Noteholder shall have no right of recourse against any legal person other than the undersigned in respect of the covenants contained herein and shall further have no greater rights hereunder than as are conferred hereunder and in Schedule 1 attached hereto.

DATED this 30th day of December, 1992.

[21] The terms of repayment of principal and interest were set out in Schedule 1 to the promissory note, the relevant portions of which provide:

2. The undersigned hereby assigns to the Noteholder, in reduction of the undersigned's indebtedness under this promissory note, sixty (60%) percent of the cash proceeds received from any future sales or licensing net of commission of the Technical Assets (such 60% hereinafter referred to as the "Seismic Proceeds").

3. In addition to the provisions of Section 2, the undersigned hereby assigns to the Noteholder, in reduction of the undersigned's indebtedness under this promissory note, twenty (20%) percent of the Production Cash Flow generated by the undersigned's Participating Interest in Petroleum Rights acquired by the Joint Venture pursuant to the Drilling Program (such 20% hereinafter referred to as the "Drilling Proceeds").

4. The Seismic Proceeds and the Drilling Proceeds assigned pursuant to the provisions of Sections 2 and

canadien ainsi que les intérêts courus impayés sur la partie non remboursée du principal, les intérêts devant commencer à courir le 31 décembre 1992, au taux de huit pour cent (8 %) l'an, calculés chaque année et non à l'avance.

Les conditions de remboursement du billet à la détentrice seront limitées à celles qui sont énoncées dans les présentes et aucune autre mesure ne pourra être prise contre le soussigné à l'égard d'un engagement de paiement.

La dette du soussigné sera réduite uniquement en conformité avec les dispositions énoncées à l'annexe 1 ci-jointe, laquelle est incorporée dans le présent billet et en fait partie.

La détentrice du billet ne peut pas négocier ou céder le billet sans le consentement préalable écrit du soussigné et sans que le cessionnaire ne s'engage d'abord par écrit envers le soussigné à être lié par les conditions y afférentes. La détentrice du billet ne pourra exercer aucun recours contre une personne juridique, sauf le soussigné, à l'égard des engagements pris dans les présentes et ne possédera pas plus de droits que ceux qui sont conférés par les présentes et à l'annexe 1 ci-jointe.

FAIT ce 30<sup>e</sup> jour de décembre 1992.

[21] Les modalités de remboursement du capital et de paiement des intérêts étaient énoncées dans l'annexe 1 du billet, dont voici les passages pertinents :

[TRADUCTION]

2. Le soussigné cède par les présentes à la détentrice du billet, en réduction de la dette du soussigné en vertu du présent billet, soixante pour cent (60 %) du produit en argent comptant procuré par toute future vente d'actifs techniques ou concession de licence à leur égard, déduction faite des commissions (ces 60 % sont désignés ci-après les « produits sismiques »).

3. Outre les dispositions de l'article 2, le soussigné cède par la présente à la détentrice du billet, en réduction de la dette du soussigné en vertu du présent billet, vingt pour cent (20 %) des rentrées de fonds de production générées par l'intérêt participatif du soussigné dans les droits relatifs aux hydrocarbures acquis par la coentreprise dans le cadre du programme de forage (ces 20 % sont désignés ci-après les « produits de forage »).

4. La détentrice du billet affectera les produits sismiques et les produits de forage cédés aux termes des



3 hereof shall be used by the Noteholder to pay down the interest accrued under this promissory note on a monthly basis and when such amounts assigned exceed such interest accrued thereof, the excess shall be applied to the principal amount outstanding under this promissory note. The provisions of Sections 2 and 3 and the rights of the Noteholder under such provisions shall, notwithstanding any other provisions of this agreement, wholly terminate on the earlier of the date upon which this promissory note is retired or the indebtedness hereunder is otherwise extinguished.

5. The undersigned hereby grants a security interest in the Technical Assets to secure the undersigned's liability to the Noteholder under this promissory note.

6. To the extent there is interest outstanding on this promissory note, the Noteholder's remuneration under the Joint Venture Agreement will be credited against this interest obligation on a monthly basis.

7. If the indebtedness created hereby either with respect to principal or interest remains in whole or in part unpaid as of December 31, 1999, the Noteholder will appoint an independent trustee to sell for cash only:

- a. the Technical Assets; and
- b. an undivided 20% of the undersigned's Participating Interest in Petroleum Rights acquired by the Joint Venture pursuant to the Drilling Program.

The proceeds of the sale will be allocated as follows:

- a. Technical Assets:
  - i. 60% (net of commissions, if any) to the Noteholder as a reduction of amounts owing by the undersigned under this promissory note; and
  - ii. 40% (net of commissions, if any) to the undersigned;
- b. an undivided 20% of the undersigned's Participating Interest in Petroleum Rights acquired by the Joint Venture pursuant to the Drilling Program:
 

100% to the Noteholder as a reduction of amounts owing by the undersigned under this

dispositions des articles 2 et 3 des présentes au paiement mensuel des intérêts courus sur le présent billet. Lorsque les sommes ainsi cédées dépasseront lesdits intérêts courus, l'excédent sera affecté au remboursement du principal dû en vertu du présent billet. Les dispositions des articles 2 et 3 et les droits qu'elles confèrent à la détentrice du billet cesseront d'avoir effet, malgré toute autre disposition de la présente entente, le jour du remboursement du présent billet ou, s'il survient auparavant, le jour où la dette décrite dans les présentes est éteinte d'une autre façon.

5. Afin de garantir le remboursement de sa dette aux termes du billet, le soussigné accorde par les présentes à la détentrice de ce billet une sûreté grevant les actifs techniques.

6. Dans la mesure où des intérêts sont dus relativement au présent billet, la rémunération de la détentrice du billet en vertu de la convention de coentreprise sera affectée sur une base mensuelle à cette obligation de paiement d'intérêts.

7. Si la dette créée par les présentes à l'égard du capital ou des intérêts demeure en totalité ou en partie impayée le 31 décembre 1999, la détentrice du billet désignera un fiduciaire indépendant pour vendre au comptant seulement :

- a. les actifs techniques;
- b. une partie indivise correspondant à 20 % de l'intérêt participatif du soussigné dans les droits relatifs aux hydrocarbures acquis par la coentreprise dans le cadre du programme de forage.

Le produit de la vente sera réparti comme suit :

- a. actifs techniques :
  - i. 60 % du produit (déduction faite des commissions, le cas échéant) reviendra à la détentrice du billet à appliquer en réduction des montants dus par le soussigné aux termes du présent billet;
  - ii. 40 % du produit (déduction faite des commissions, le cas échéant) reviendra au soussigné;
- b. une partie indivise correspondant à 20 % de l'intérêt participatif du soussigné dans les droits relatifs aux hydrocarbures acquis par la coentreprise dans le cadre du programme de forage :
 

la totalité du produit reviendra à la détentrice du billet à appliquer en réduction des montants dus

promissory note, allocated firstly as to interest and the remainder as to principal.

Any balance owing by the undersigned on this note after the allocation of the proceeds of the sale as described above will be forgiven by the Noteholder and the undersigned will have no further liability under this promissory note.

[22] On its face, the note is for \$85,000 plus interest at 8% per annum and it is due on December 31, 1999. Without more, the promissory note constitutes an absolute liability. However, the note is subject to other terms.

[23] Section 2 of Schedule 1 to the note provides that 60% of the cash proceeds received from any future sales or licensing of technical assets is assigned to Compton. Section 3 provides that 20% of the production cash flow generated from petroleum rights from drilling programs is assigned to Compton.

[24] There is no certainty that there will be future sales or licensing of technical assets, nor is there certainty that there will be drilling programs or that there will be production cash flow from petroleum rights from drilling programs. Were these the only conditions upon which the note would be repaid, the liability would be contingent, because repayment was predicated on events which may or may not occur (see *Mandel v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 560 (C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 318).

[25] However, events are not uncertain at maturity. Section 7 provides that, should any principal or interest remain unpaid at the maturity of the note, a trustee is to be appointed to sell the seismic data with the proceeds of sale being allocated 60% in reduction of amounts owing under the note and 40% to McLarty.

par le soussigné aux termes du présent billet, le produit étant imputé en premier lieu aux intérêts et le reste au principal.

Tout solde dû par le soussigné sur le présent billet après la répartition du produit de la vente conformément aux conditions susmentionnées fera l'objet d'une renonciation de la part de la détentrice du billet et le soussigné n'aura pas d'autre obligation aux termes du présent billet.

[22] À première vue, le billet porte sur la somme de 85 000 \$ portant intérêt au taux de 8 % l'an, et il a pour date d'échéance le 31 décembre 1999. Si l'on s'en tient à cela, le billet constitue une dette absolue. Il est toutefois régi par d'autres conditions.

[23] Selon l'article 2 de l'annexe 1 du billet, M. McLarty cède à Compton 60 % du produit en argent comptant procuré par toute future vente d'actifs techniques ou concession de licence à leur égard. L'article 3 prévoit la cession à Compton de 20 % des rentrées de fonds de production tirées des droits relatifs aux hydrocarbures obtenus dans le cadre des programmes de forage.

[24] Il n'est pas certain qu'il y aura de futures ventes d'actifs techniques ou concessions de licence à leur égard, ni qu'il y aura des programmes de forage ou qu'il y aura des rentrées de fonds de production tirées des droits relatifs aux hydrocarbures obtenus dans le cadre des programmes de forage. S'il s'agissait des seules conditions établies pour le remboursement du billet, la dette serait éventuelle puisque le remboursement dépendrait d'événements qui peuvent se produire ou ne pas se produire (voir *Mandel c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 560 (C.A.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 318).

[25] Mais ces événements ne seront pas incertains à l'échéance du billet. Le paragraphe 7 prévoit que, dans le cas où une somme demeurerait impayée à l'échéance du billet, au titre du capital ou des intérêts, un fiduciaire sera nommé pour la vente des données sismiques, et le produit de la vente sera affecté dans une proportion de 60 % à la réduction des sommes dues en vertu du billet et attribué dans une proportion de 40 % à M. McLarty.

[26] The Minister relies on the decision of the Federal Court of Appeal in *Global Communications Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 5377, that in circumstances similar to the ones in this case, the liability was found to be contingent. However, as the Court of Appeal in this case pointed out, it does not appear that in *Global* the court took account of the fact that on maturity of the note there was recourse to the asset pledged as security for repayment. With respect, the decision in *Global* does not take account of all the terms of the note in that case and is not authoritative in circumstances such as in the case now before this Court.

[27] On December 31, 1992, McLarty agreed to pay \$85,000 together with interest at 8%. The obligation to repay the principal and the interest under the note came into existence at that time. The note provided that, should any amount be outstanding at maturity, Compton would have recourse to the security, that is, the data acquired by McLarty. I agree with the Court of Appeal that the terms of the note demonstrate that McLarty's liability was absolute and not contingent.

[28] In the Tax Court, Little J. found that there was an ongoing market for seismic data and that therefore the asset acquired by McLarty could be sold. While difficult to envision, perhaps if there was a serious question of whether the asset could be sold, it might be necessary to consider whether there was a market for such property. But I do not understand the Minister to argue that the asset might not be able to be sold. Indeed the Minister found there was a fair market value for the data and by necessary implication a market for its sale. Once the Minister conceded that the asset had a fair market value, it was unnecessary for Little J. to have considered whether there was a market for the seismic data.

[26] Le ministre invoque la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Global Communications Ltd. c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 966 (QL), dans laquelle la dette, dans des circonstances similaires à celles de la présente affaire, a été jugée de nature éventuelle. Mais comme l'a souligné la Cour d'appel dans la présente affaire, la cour ne semble pas, dans *Global*, avoir tenu compte du fait qu'à l'échéance du billet, il existait un recours fondé sur l'actif donné en garantie du remboursement. Avec égards, la décision rendue dans *Global* ne prend pas en considération la totalité des conditions relatives au billet dont il était question dans cette affaire et ne saurait, à mon avis, constituer un précédent jurisprudentiel dans des circonstances comme celles de l'affaire dont notre Cour est maintenant saisie.

[27] Le 31 décembre 1992, M. McLarty s'est engagé à payer la somme de 85 000 \$, avec les intérêts au taux de 8 %. L'obligation de rembourser le principal et les intérêts aux termes du billet a vu le jour à ce moment-là. Le billet stipulait que, si une somme était due à l'échéance, Compton aurait recours à la garantie, soit les données acquises par M. McLarty. J'estime, comme la Cour d'appel, que les conditions du billet établissent que la dette de M. McLarty était de nature absolue et non éventuelle.

[28] Le juge Little de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il existait un marché pour les données sismiques et que le bien acquis par M. McLarty pouvait par conséquent être vendu. La chose est difficile à imaginer, mais s'il existait un doute sérieux quant à la possibilité de vendre le bien en question, il faudrait peut-être se demander s'il existait un marché pour un tel bien. Mais je ne comprends pas l'argument du ministre lorsqu'il soutient qu'il pourrait être impossible de vendre le bien. Il a en effet conclu à l'existence d'une juste valeur marchande pour les données et, par voie de conséquence logique, d'un marché pour la vente de ces données. Une fois l'existence d'une juste valeur marchande du bien en cause admise par le ministre, il était inutile pour le juge Little de chercher à savoir s'il existait un marché pour les données sismiques.

### 3. Minister's Arguments

[29] The present case involves limited recourse debt. In the context of debt, recourse means that the creditor has a right to repayment of a loan from the borrower, not just from the collateral that secured the loan. By contrast, non-recourse or limited recourse debt limits the creditor to recovery of specified security. The creditor is not entitled to seek repayment from the borrower should the proceeds from the disposition of the security be less than the total indebtedness.

[30] The Minister and McLarty agree, as do I, that a creditor's limited recourse on default of a debt cannot make an otherwise absolute liability contingent, nor can it turn an otherwise contingent obligation into one that is absolute. In other words, the extent of recourse has no bearing on the question of whether a liability is absolute or contingent.

[31] Nonetheless, the nature of the Minister's arguments are, in my respectful view, based on the promissory note in this case being non-recourse. For example, the Minister says that "[a]n expense requires that there be certainty of quantum" and that the amount payable must be certain (Minister's factum, at para. 24). In making this argument, the Minister is focussing on the fact that the proceeds of the sale of the asset may not be sufficient to repay the outstanding amount of principal and interest under the note at maturity. However, on December 31, 1992, an obligation to repay \$85,000 plus interest was incurred. The fact that the amount that will be paid at the end of the day is uncertain does not make the liability contingent.

[32] In oral argument, Minister's counsel agreed that if security in the form of a government bond worth \$85,000 was pledged with no other recourse to the debtor, the obligation would be absolute. However, if stock worth \$85,000 was pledged with no other recourse to the debtor and the price of the stock went down such that it was only worth

### 3. Les arguments du ministre

[29] Il est question en l'espèce d'une dette avec recours limité. Dans le contexte d'une dette, on entend par recours le droit du créancier d'obtenir le remboursement d'un prêt par l'emprunteur, et non seulement par la réalisation du bien qui garantit l'emprunt. La dette sans recours ou avec recours limité, par contre, restreint le créancier au recouvrement de la garantie désignée. Le créancier n'a pas le droit de demander à l'emprunteur de le rembourser si le produit de la réalisation de la garantie est inférieur au total de la dette.

[30] Le ministre et M. McLarty estiment tous deux, comme moi, que le recours limité d'un créancier en cas de non-paiement de la dette ne peut rendre éventuelle une obligation qui est par ailleurs absolue, comme il ne peut rendre absolue une obligation qui est par ailleurs éventuelle. En d'autres mots, l'étendue du recours est sans incidence sur la nature absolue ou éventuelle de l'obligation.

[31] Or, le ministre fonde ses arguments, à mon avis, sur l'hypothèse selon laquelle le billet dont il est question en l'espèce est sans recours. Par exemple, le ministre affirme que [TRADUCTION] « [u]ne dépense exige un montant déterminé avec certitude » et que la somme payable doit être certaine (mémoire du ministre, par. 24). En invoquant cet argument, le ministre insiste sur le fait que le produit de la vente du bien peut ne pas être suffisant pour le remboursement du montant de principal et d'intérêts dû en vertu du billet à l'échéance. Or, le 31 décembre 1992, l'obligation de rembourser la somme de 85 000 \$ et les intérêts a été contractée. Le fait que la somme qui sera payée en fin de compte soit incertaine ne rend pas la dette éventuelle.

[32] Lors de sa plaidoirie, l'avocat du ministre a convenu que si une garantie revêtant la forme d'une obligation d'État d'une valeur de 85 000 \$ avait été donnée sans autre recours contre le débiteur, l'obligation contractée par ce dernier serait absolue. Cependant, si des actions d'une valeur de 85 000 \$ avaient été données en garantie sans autre recours

\$40,000 when the note matured, the obligation would be contingent.

[33] The Minister seems to be saying that if there is risk to the value of the collateral security at maturity, liability is contingent because the creditor may not make full recovery of the total liability. If the Minister were correct, all liability would be contingent. Although highly unlikely, even a government might default on a bond. And even in the case of a loan with full recourse to the debtor, there can never be absolute certainty that full repayment will always be made. The debtor may go bankrupt. But that does not make the liability contingent. It is inherent in a promissory note that there is a risk of non-payment. Indeed, interest rates are determined, in part, on the risk that repayment will not be made.

[34] What is at the root of the Minister's difficulty in this case is that the Minister believes the price of the asset McLarty acquired was overvalued and that the data, as the only collateral security, was insufficient to cover repayment of the note. In fact, in January 2006, McLarty's 1.57% interest in the seismic data was sold through an independent receiver for approximately \$17,600 of which 60% or only about \$10,500 was used to repay the note. There are remedies for the Minister where assets are overvalued solely to obtain a tax advantage. Trying to characterize the loan portion of the purchase price as contingent in this case was not one of them.

[35] The Minister says that the requirement to surrender assets does not make the liability to repay \$85,000 absolute. Again this is an attack on non-recourse debt. Just as in the case of a mortgage foreclosure where there is a certainty of sale and proceeds from that sale and recourse is limited to those proceeds, here there is a certainty that the asset will be sold and a fixed percentage of the proceeds will be available to repay the loan (see

contre le débiteur et si le prix en avait baissé au point où elles ne valaient plus que 40 000 \$ à l'échéance du billet, l'obligation serait éventuelle.

[33] Le ministre semble dire que s'il existe un risque quant à la valeur de la garantie à l'échéance du billet, la dette est éventuelle parce que le créancier peut ne pas la recouvrer en totalité. Si le ministre avait raison, toute dette serait éventuelle. Bien que très improbable, même une défaillance d'un État relativement à une obligation émise par lui est possible. Et même dans le cas d'un prêt avec plein recours contre le débiteur, on ne peut jamais être tout à fait certain du remboursement intégral dans tous les cas. Le débiteur peut faire faillite. Mais cela ne rend pas la dette éventuelle. Le risque de non-paiement est inhérent au billet. D'ailleurs, les taux d'intérêt sont déterminés en partie en fonction du risque que le remboursement ne sera pas effectué.

[34] Ce qui est à l'origine de la difficulté à laquelle se heurte le ministre en l'espèce, c'est qu'il croit que le prix de l'actif acquis par M. McLarty a été surévalué et que les données, la seule garantie fournie, étaient insuffisantes pour couvrir le remboursement du billet. En fait, en janvier 2006, l'intérêt de 1,57 % de M. McLarty dans les données sismiques a été vendu par un séquestre indépendant pour la somme d'environ 17 600 \$, dont 60 %, soit une somme d'environ 10 500 \$ seulement, ont été utilisés pour le remboursement du billet. Des recours s'offrent au ministre lorsque des biens sont surévalués uniquement en vue d'obtenir un avantage fiscal. Tenter de qualifier de dette éventuelle la partie du prix d'acquisition qui a été empruntée n'était pas en l'espèce un de ces recours.

[35] Le ministre affirme que l'obligation de céder des biens ne fait pas de l'obligation de rembourser la somme de 85 000 \$ une obligation absolue. Il s'agit encore là d'une attaque contre la dette sans recours. Tout comme dans le cas d'une saisie hypothécaire, où il y a une certitude quant à la vente et au produit de la vente et où le recours est limité à ce produit, en l'espèce il y a la certitude que le bien sera vendu et qu'un pourcentage déterminé

*Hill v. The Queen*, 2002 D.T.C. 1749 (T.C.C.), at para. 37). The only uncertainty, as in the case of a mortgage foreclosure, is as to the amount of the proceeds from the sale. However, that does not make the liability contingent.

[36] The Minister argues that the mortgage foreclosure cases are distinguishable because the foreclosure only occurs once there is default under the mortgage whereas here, sale of the asset occurs as a term of the promise to repay. I must admit to not being able to appreciate the difference. Whether there is default because terms of repayment are breached or whether interim payments are not made because certain events do not occur, the result in each case is that the creditor looks to the collateral that secures the debt to satisfy the amount outstanding.

[37] The Minister says that until the proceeds of the sale of the security are ascertained, McLarty has only a liability “to become subject to an obligation to pay” (Minister’s factum, at para. 36). This again is an argument that the quantum of repayment must be certain in order for a liability not to be contingent. This is just another way of attacking non-recourse debt and looking at the value of security to test whether the liability was contingent or absolute. That is not the test for contingent liability. As already explained, there will always be uncertainty about the amount that will be repaid.

[38] The note provides that if any balance is owing after allocation of the proceeds of the sale of the security, the balance “will be forgiven by the Noteholder and the undersigned will have no further liability under this promissory note”. If the liability in this case was contingent upon the happening of a future event and the event did not occur, there would be no surviving liability and nothing to forgive. A forgiveness provision in a promissory note implies

du produit pourra être affecté au remboursement du prêt (voir *Hill c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 220 (QL), par. 37). La seule incertitude, comme dans le cas d’une saisie hypothécaire, a trait au montant du produit de la vente. Cela ne rend toutefois pas la dette éventuelle.

[36] Le ministre fait valoir qu’une distinction peut être faite avec les cas de saisie hypothécaire parce que la saisie se produit seulement une fois qu’il y a défaillance de la part du débiteur hypothécaire, tandis qu’en l’espèce, la vente du bien a lieu en tant que condition de la promesse de rembourser. Je m’avoue incapable de saisir la différence. Que la défaillance consiste dans le non-respect des conditions de remboursement ou que des paiements périodiques ne soient pas effectués parce que certains événements ne se produisent pas, le résultat est le même dans les deux cas : le créancier cherche à recouvrer la somme due en réalisant la garantie donnée par le débiteur.

[37] Le ministre affirme que, jusqu’à ce que le produit de la vente de la garantie soit déterminé, l’obligation de M. McLarty se résume à celle [TRADUCTION] « de devenir assujéti à une obligation de payer » (mémoire du ministre, par. 36). Il s’agit encore une fois de l’argument selon lequel il faut, pour qu’une obligation ne soit pas éventuelle, que le montant du remboursement soit certain. C’est simplement une autre façon d’attaquer la dette sans recours et de se fonder sur la valeur de la garantie pour déterminer si l’obligation était de nature éventuelle ou absolue. Ce n’est pas en cela que consiste le critère de l’obligation éventuelle. Comme je l’ai expliqué précédemment, il existe toujours une incertitude au sujet de la somme qui sera remboursée.

[38] Le billet prévoit que si un solde est dû après la répartition du produit de la vente de la garantie, ce solde [TRADUCTION] « fera l’objet d’une renonciation de la part de la détentrice du billet et le soussigné n’aura pas d’autre obligation aux termes du présent billet ». Si la dette en l’espèce dépendait d’un événement futur, il ne subsisterait aucune dette dans le cas où cet événement ne se produirait pas, et il n’y aurait alors rien qui puisse faire l’objet

there is something to forgive, namely the absolute obligation that was initially incurred.

[39] The arguments of the Minister do identify uncertainties. However, they are not uncertainties based on whether a future event will or will not occur. They do not meet the *Winter* test for contingent liability.

#### 4. Reasons of Bastarache and Abella JJ.

[40] I have had the opportunity to read the reasons of Bastarache and Abella JJ. They say that because the sale of the seismic data only occurs if there is insufficient revenue generated under ss. 2 and 3 of Schedule 1 to the note and because the generation of revenue is contingent, the sale of the seismic data under s. 7 of Schedule 1 is contingent and therefore the liability is contingent. I cannot agree with their approach. The *Winter* definition of contingent liability is “a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen” (p. 262 (emphasis added)). Whether liability under the note is to be satisfied from the generation of revenue or from the sale of the seismic data, when these events are viewed in the sequence they occur, it is clear the liability is to be repaid and thus its existence does not depend upon an event which may or may not happen. The terms of Schedule 1 to the note provide that the liability is to be satisfied one way or the other, either from the generation of revenue or the sale of the seismic data if the revenue generation is insufficient. The uncertainty identified by my colleagues is uncertainty as to the source from which the liability is to be repaid. It does not affect the existence of the liability.

[41] My colleagues also say that because McLarty is only obliged to repay 60% of the proceeds of the sale of the security that this cannot be equated to an absolute liability to pay \$85,000. They say “[w]hat if the note had specified the “default” as Mr. McLarty owing 30% of the sale of the proceeds,

d’une renonciation. La présence d’une clause de renonciation dans un billet suppose qu’il existe une chose à laquelle on peut renoncer, à savoir la dette absolue contractée à l’origine.

[39] Les arguments du ministre indiquent certes des incertitudes. Mais ces incertitudes ne dépendent pas d’un événement futur qui pourra se produire ou ne pas se produire. Elles ne satisfont pas au critère relatif à l’obligation éventuelle retenu dans *Winter*.

#### 4. Les motifs des juges Bastarache et Abella

[40] J’ai pris connaissance des motifs des juges Bastarache et Abella. Ils affirment que, parce que la vente des données sismiques a lieu seulement si les revenus générés en vertu des art. 2 et 3 de l’annexe 1 du billet sont insuffisants, et parce que la production de revenus a un caractère éventuel, la vente des données sismiques en vertu de l’art. 7 de l’annexe 1 revêt un caractère éventuel et la dette est par conséquent éventuelle. Je ne puis souscrire à leur façon de voir. L’arrêt *Winter* définit l’obligation éventuelle comme étant « une obligation dont l’existence dépend d’un événement qui peut se produire ou ne pas se produire » (p. 262 (je souligne)). Que la dette créée par le billet doive être acquittée par la production de revenus ou par la vente des données sismiques, il est clair, si l’on considère ces événements selon la séquence dans laquelle ils se produisent, que la dette doit être remboursée et que, partant, son existence ne dépend pas d’un événement qui peut se produire ou ne pas se produire. Les conditions de l’annexe 1 stipulent que la dette doit être acquittée d’une façon ou de l’autre, par la production de revenus ou par la vente des données sismiques si la production de revenus est insuffisante. L’incertitude soulignée par mes collègues concerne la source à partir de laquelle la dette doit être remboursée. Elle n’a pas d’incidence sur l’existence de la dette.

[41] Mes collègues affirment aussi que, parce que M. McLarty n’est tenu de rembourser que 60 % du produit de la vente de la garantie, on ne peut pas assimiler cette obligation à une obligation absolue de payer la somme de 85 000 \$. « Quelle serait la situation », demandent-ils, « si le billet avait stipulé

or even 2%? Would the note still be considered an absolute liability to repay \$85,000? We think not” (para. 90). With respect, I think my colleagues, like the Minister, are conflating the issue of whether the security is sufficient to repay the full value of the note and implicitly, that the seismic data was overvalued, with the issue of whether the liability is absolute or contingent. In an appropriate case, overvaluation to obtain a tax advantage may be attacked by the Minister on at least the basis that the valuation is unreasonable or that a note constitutes a sham or that the parties are not dealing at arm’s length. The Minister is not without remedies for overvaluation, but trying to characterize the liability as contingent in this case is not one of them.

[42] I agree with the Federal Court of Appeal that the liability in this case is not contingent.

## B. *Were the Parties Dealing at Arm’s Length?*

### 1. Statutory Provisions

[43] It has long been established that when parties are not dealing at arm’s length, there is no assurance that the transaction “will reflect ordinary commercial dealing between parties acting in their separate interests” (*Swiss Bank Corp. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 1144, at p. 1152). The provisions of the *Income Tax Act* pertaining to parties not dealing at arm’s length are intended to preclude artificial transactions from conferring tax benefits on one or more of the parties. Where the parties are found not to be dealing at arm’s length, the taxpayer who has made an acquisition is deemed to have made the acquisition at fair market value regardless of whether the amount paid was in excess of fair market value. Section 69(1)(a) provides:

que “l’inexécution” consistait dans le fait pour M. McLarty de devoir 30 % du produit de la vente, ou même 2 %? Le billet serait-il encore considéré comme une obligation absolue de rembourser la somme de 85 000 \$? Nous ne le croyons pas » (par. 90). Je pense que mes collègues, comme le ministre, amalgament la question de savoir si la garantie est suffisante pour le remboursement de la pleine valeur du billet — et implicitement, celle de la surévaluation des données sismiques —, et celle de savoir si la dette est absolue ou éventuelle. Dans les cas où cela est approprié, la surévaluation visant à procurer un avantage fiscal peut être attaquée par le ministre, au moins pour le motif que l’évaluation est déraisonnable, qu’un billet n’est qu’un simulacre ou qu’il y a un lien de dépendance entre les parties. Le ministre n’est pas sans recours en cas de surévaluation; mais tenter de qualifier d’éventuelle la dette en cause dans la présente affaire n’est pas un de ces recours.

[42] J’estime, comme la Cour d’appel fédérale, que la dette dont il est question en l’espèce n’est pas éventuelle.

## B. *Les opérations ont-elles été faites par des personnes sans lien de dépendance?*

### 1. Dispositions législatives

[43] Il est établi depuis longtemps que lorsque des personnes entre lesquelles il existe un lien de dépendance effectuent une opération, rien n’assure que celle-ci « sera le reflet d’opérations commerciales ordinaires entre des parties agissant dans le sens de leurs intérêts distincts » (*Swiss Bank Corp. c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 1144, p. 1152). Les dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* relatives aux opérations entre des personnes ayant un lien de dépendance visent à empêcher que des opérations artificielles procurent des avantages fiscaux à ces personnes ou à l’une d’elles. Lorsqu’il existe un lien de dépendance entre les parties, le contribuable qui a fait l’acquisition est réputé l’avoir faite à la juste valeur marchande, même s’il a versé une somme supérieure à celle-ci. L’alinéa 69(1)a) prévoit ce qui suit :



**69.** (1) Except as expressly otherwise provided in this Act,

(a) where a taxpayer has acquired anything from a person with whom the taxpayer was not dealing at arm's length at an amount in excess of the fair market value thereof at the time the taxpayer so acquired it, the taxpayer shall be deemed to have acquired it at that fair market value;

[44] Arm's length is not defined in the *Income Tax Act*. However, s. 251(1) provides:

**251.** (1) For the purposes of this Act,

(a) related persons shall be deemed not to deal with each other at arm's length; and

(b) it is a question of fact whether persons not related to each other were at a particular time dealing with each other at arm's length.

[45] The parties in this case were not related. It is therefore a question of fact whether they were dealing at arm's length.

## 2. Facts Specific to the Arm's Length Issue

[46] In the fall of 1992, McLarty received an Offering Memorandum which outlined the proposed CRC joint venture. The Offering Memorandum provided for the appointment of Compton as agent for the joint venture participants to acquire seismic data. The Offering Memorandum provided that the acquisition of the data was subject to the condition that the purchase price "will not be higher than the lowest appraised value received from three experienced, independent valuers". The three independent appraisals were for \$39,787,800, \$41,930,760 and \$34,405,000.

[47] On December 30, 1992, Compton acquired the seismic data, a portion of which was to be offered to the joint venture participants. On December 31, 1992, McLarty entered into a Subscription Agreement with Compton that incorporated three agreements, all dated December 31, 1992:

**69.** (1) Sauf disposition contraire expresse de la présente loi :

a) le contribuable qui a acquis un bien auprès d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance pour une somme supérieure à la juste valeur marchande de ce bien au moment de son acquisition est réputé l'avoir acquis pour une somme égale à cette juste valeur marchande;

[44] Le lien de dépendance n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 251(1) donne cependant les précisions suivantes :

**251.** (1) Pour l'application de la présente loi :

a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;

b) la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'avaient aucun lien de dépendance à un moment donné est une question de fait.

[45] En l'espèce, les parties n'étaient pas liées entre elles. La question de savoir s'il existait entre elles un lien de dépendance est donc une question de fait.

## 2. Faits ayant spécifiquement trait à la question du lien de dépendance

[46] À l'automne 1992, M. McLarty a reçu une notice d'offre qui décrivait dans ses grandes lignes la coentreprise de CRC proposée. La notice d'offre prévoyait la désignation de Compton à titre de mandataire pour l'acquisition de données sismiques par les coentrepreneurs. Il y était également prévu que l'acquisition des données était assujettie à la condition que le prix d'acquisition [TRADUCTION] « ne soit pas plus élevé que le montant de l'évaluation la plus basse obtenue de trois évaluateurs indépendants chevronnés ». Les trois évaluations indépendantes obtenues indiquaient des prix d'acquisition de 39 787 800 \$, 41 930 760 \$ et 34 405 000 \$.

[47] Le 30 décembre 1992, Compton a acquis les données, dont une partie devait être offerte aux coentrepreneurs. Le 31 décembre 1992, M. McLarty a conclu avec Compton une convention de souscription qui incorporait trois conventions, toutes datées du 31 décembre 1992 : la convention

the Subscription Agreement, the Joint Venture Agreement and the agreement to purchase the seismic data. These agreements implemented the transaction outlined in the Offering Memorandum and McLarty's subscription was subject to the terms of the Offering Memorandum.

[48] The joint venture participants collectively acquired a 30.35% undivided interest in the data from Compton for a total consideration of \$6,373,335. McLarty acquired a 1.57% undivided interest for \$100,000.

### 3. Decision of the Trial Judge

[49] The trial judge first noted that the Minister did not originally assess on the basis that McLarty and Compton were not dealing at arm's length. Therefore, the onus was on the Minister to prove the transactions were not at arm's length (trial judge's reasons, at para. 51).

[50] The trial judge found:

- a. The appropriate relationship to assess was that between Compton and McLarty.
- b. It was McLarty's decision to invest.
- c. There was no evidence that the principal of Compton, Ernie Sapieha, influenced the decision of McLarty to invest.
- d. There was no evidence that McLarty and Compton acted in concert without separate interests.
- e. There was no evidence that Compton or Sapieha imposed the purchase of the seismic data on McLarty or had the power to do so.
- f. There was no collusion to inflate the price of the seismic data because McLarty had accepted the terms of the Offering Memorandum which

de souscription, la convention de coentreprise et la convention d'achat des données sismiques. Ces conventions donnaient corps à l'opération décrite dans la notice d'offre, et la souscription de M. McLarty était assujettie aux conditions de la notice.

[48] Les coentrepreneurs ont collectivement acquis de Compton un intérêt indivis de 30,35 % dans les données pour une contrepartie totale de 6 373 335 \$. Monsieur McLarty a acquis pour la somme de 100 000 \$ un intérêt indivis de 1,57 %.

### 3. Décision du juge de première instance

[49] Le juge de première instance a constaté tout d'abord que la cotisation initiale du ministre n'était pas fondée à l'origine sur l'existence d'un lien de dépendance entre M. McLarty et Compton. Il incombait donc au ministre de prouver que les opérations en cause avaient été effectuées par des personnes ayant entre elles un lien de dépendance (motifs du juge de première instance, par. 51).

[50] Le juge de première instance est arrivé aux conclusions suivantes :

- a. La relation qu'il convenait d'apprécier était celle qui existait entre Compton et M. McLarty.
- b. C'est M. McLarty qui avait décidé d'investir.
- c. Aucun élément de preuve n'indiquait que le mandant de Compton, M. Ernie Sapieha, avait influencé la décision de M. McLarty d'investir.
- d. Aucun élément de preuve ne montrait que M. McLarty et Compton avaient agi de concert sans intérêts distincts.
- e. Aucun élément de preuve n'indiquait que Compton ou M. Sapieha avait imposé l'achat des données sismiques à M. McLarty ou avait le pouvoir de le faire.
- f. Il n'y avait pas eu collusion pour gonfler le prix des données sismiques parce que M. McLarty avait accepté les conditions énoncées dans la

limited the purchase price to not higher than the lowest of three independent appraisals.

[51] The trial judge concluded that in acquiring his interest in the seismic data, McLarty was dealing with Compton at arm's length.

#### 4. Decision of the Federal Court of Appeal

[52] The Court of Appeal was of the opinion that there were three issues to consider in deciding the arm's length question.

- a. Did the trial judge consider the correct transaction for purposes of s. 69(1)(a)?
- b. Which entities needed to be at arm's length for purposes of s. 69(1)(a)?
- c. Were the correct entities at arm's length?

[53] In the view of the Court of Appeal, the trial judge failed to determine which transaction to analyse. Sexton J.A., writing for the court, said that the question of selecting the appropriate transaction was a question of law reviewable on a correctness standard. In his opinion, the key transaction was the purchase of the seismic data.

[54] In deciding the question of which entities had to be dealing at arm's length, the Court of Appeal stated that it was not in dispute that McLarty and Compton were dealing at arm's length when McLarty decided to invest in the joint venture. However, with respect to the purchase of the seismic data, this transaction was between Compton as vendor and Compton as purchasing agent for the joint venture participants. In the view of the Court of Appeal, when analysing whether parties are dealing at arm's length, it is necessary to look beyond the legal relationship of principal and agent to see what actually happened. Thus, it focussed on the relationship of Compton as vendor

notice d'offre, qui limitaient le prix d'achat au montant de la plus basse de trois évaluations indépendantes.

[51] Le juge de première instance a conclu à l'absence de lien de dépendance entre Compton et M. McLarty lors de l'acquisition par ce dernier de son intérêt dans les données sismiques.

#### 4. Décision de la Cour d'appel fédérale

[52] Selon la Cour d'appel, trois questions devaient être prises en considération pour statuer sur la question du lien de dépendance :

- a. Le juge de première instance a-t-il choisi la bonne opération aux fins de l'al. 69(1)a)?
- b. Quelles entités devaient n'avoir entre elles aucun lien de dépendance aux termes de l'al. 69(1)a)?
- c. Y avait-il absence de lien de dépendance entre les bonnes entités?

[53] De l'avis de la Cour d'appel, le juge de première instance a omis de déterminer l'opération à analyser. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Sexton a indiqué que la sélection de la bonne opération était une question de droit susceptible de faire l'objet d'un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte. Selon lui, l'opération cruciale était l'acquisition des données sismiques.

[54] À propos de la question de savoir quelles entités devaient transiger sans lien de dépendance, la Cour d'appel a déclaré que l'absence de lien de dépendance entre M. McLarty et Compton lorsque M. McLarty a décidé d'investir dans la coentreprise n'était pas contestée. Pour ce qui est de l'acquisition des données sismiques par contre, l'opération faisait intervenir Compton en tant que vendeur et Compton en tant que mandataire des coentrepreneurs pour l'acquisition. Du point de vue de la Cour d'appel, lorsqu'on analyse la question de savoir s'il existe un lien de dépendance entre des personnes, il ne faut pas s'arrêter simplement à la relation de droit existant entre le mandant et le mandataire; il faut

and Compton as agent for the participants in the joint venture.

[55] Since Compton was both vendor and agent for the participants in the joint venture, as the same entity, it was not acting with separate interests. Further, Sapieha had *de facto* control over Compton both as vendor and as agent. The Court of Appeal found that the trial judge erred by not considering the relationship between Compton as vendor and Compton as agent, since Sapieha was the directing mind of both.

[56] The Court of Appeal acknowledged that the Offering Memorandum provided that the purchase price of the seismic data was to be no higher than the lowest of three independent appraisals. However, that was the extent of McLarty's control over the terms. The trial judge did not indicate that McLarty was involved in choosing the appraisers or that he even reviewed these evaluations prior to purchase. The origin of the purchase price was unclear. It was not reflective of the price paid for the data by purchasers prior to it being purchased by Compton.

[57] The Court of Appeal concluded that the parties to the transaction to acquire the data, Compton as vendor and Compton as purchasing agent for the joint venture participants, were not dealing at arm's length. Sexton J.A. therefore allowed this aspect of the Minister's appeal and remitted the matter to the Tax Court for determination of the fair market value of the data.

5. Was McLarty Dealing With the Vendor at Arm's Length?

[58] Pursuant to s. 69(1)(a), the "dealing" must be between a taxpayer and the person from whom the

déterminer ce qui s'est véritablement produit. La Cour d'appel a ainsi centré son analyse sur la relation entre Compton en tant que vendeur et Compton en tant que mandataire des coentrepreneurs.

[55] Puisque Compton était à la fois, en tant que seule et même entité, le vendeur et le mandataire des coentrepreneurs, elle n'agissait pas avec des intérêts distincts. En outre, M. Sapieha exerçait un contrôle réel sur Compton à la fois en sa qualité de vendeur et en sa qualité de mandataire. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait fait une erreur en ne tenant pas compte de la relation existant entre Compton à titre de vendeur et Compton à titre de mandataire, puisque M. Sapieha était dans les deux cas l'âme dirigeante.

[56] La Cour d'appel a reconnu que la notice d'offre stipulait que le prix d'acquisition des données sismiques ne devait pas être supérieur à la plus basse de trois évaluations indépendantes. C'est toutefois à cela que se réduisait le contrôle exercé par M. McLarty sur les conditions. Le juge de première instance n'a pas indiqué que M. McLarty avait pris part au choix des évaluateurs ni qu'il avait même examiné les évaluations en question avant l'acquisition. L'origine du prix d'acquisition n'était pas claire. Il ne correspondait pas au prix payé pour les données par les acquéreurs antérieurement à leur acquisition par Compton.

[57] La Cour d'appel a conclu à l'existence d'un lien de dépendance entre les parties à l'opération consistant dans l'acquisition des données, soit Compton à titre de vendeur et Compton à titre de mandataire des coentrepreneurs pour l'acquisition. Le juge Sexton a par conséquent accueilli ce volet de l'appel interjeté par le ministre et a renvoyé l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour que soit déterminée la juste valeur marchande des données.

5. Y avait-il un lien de dépendance entre M. McLarty et le vendeur?

[58] Aux termes de l'al. 69(1)(a), « l'opération » doit faire intervenir un contribuable et la personne

taxpayer has made an acquisition. If the taxpayer and the vendor are not dealing at arm's length, the price at which the acquisition was made shall be deemed to be its fair market value irrespective of the actual price paid by the taxpayer.

[59] In this case, the acquisition transaction was the purchase of the seismic data. This transaction was between Compton as vendor and Compton as agent for the participants in the joint venture. Obviously, Compton was not dealing with itself at arm's length. However, this does not end the analysis.

[60] Compton is not the taxpayer referred to in s. 69(1)(a). The taxpayer is McLarty. Therefore, the question is whether McLarty, as an acquirer of an interest in the seismic data, was dealing at arm's length with Compton as vendor.

[61] In this case, while the initial focus is on the transaction between the vendor and the agent of the acquiring taxpayer, all the relevant circumstances must be considered to determine if the acquiring taxpayer was dealing with the vendor at arm's length.

[62] The Canada Revenue Agency Income Tax Interpretation Bulletin IT-419R2 "Meaning of Arm's Length" (June 8, 2004) sets out an approach to determine whether the parties are dealing at arm's length. Each case will depend on its own facts. However, there are some useful criteria that have been developed and accepted by the courts: see for example *Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 197 (F.C.T.D.), aff'd [1991] 2 C.T.C. 221 (F.C.A.). The Bulletin provides:

¶ 22. . . . By providing general criteria to determine whether there is an arm's length relationship between unrelated persons for a given transaction, it must be recognized that all-encompassing guidelines to cover

auprès de laquelle ce contribuable a acquis un bien. Si le contribuable a un lien de dépendance avec le vendeur, le prix auquel l'acquisition a été effectuée sera réputé être celui qui correspond à la juste valeur marchande du bien, peu importe le prix effectivement payé par le contribuable.

[59] En l'espèce, l'opération d'acquisition consistait dans l'achat des données sismiques. Cette opération a été effectuée entre Compton en tant que vendeur et Compton en tant que mandataire des coentrepreneurs. De toute évidence, il y avait un lien de dépendance entre Compton et elle-même. Mais l'analyse ne s'arrête pas là.

[60] Compton n'est pas le contribuable dont il est question à l'al. 69(1)a). Le contribuable, c'est M. McLarty. La question qui se pose est donc de savoir si M. McLarty, en tant qu'acquéreur d'un intérêt dans les données sismiques, avait un lien de dépendance avec Compton en tant que vendeur.

[61] Bien qu'en l'espèce l'analyse soit au départ centrée sur l'opération intervenue entre le vendeur et le mandataire du contribuable acquéreur, il faut prendre en considération la totalité des circonstances pertinentes pour déterminer s'il existait ou non un lien de dépendance entre le contribuable acquéreur et le vendeur.

[62] Le bulletin d'interprétation IT-419R2 de l'Agence du revenu du Canada intitulé « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" » (8 juin 2004) énonce une méthode pour déterminer s'il existe ou non un lien de dépendance entre les parties à une opération. La réponse dépendra des faits de chaque affaire. Les tribunaux ont toutefois élaboré et accepté des critères utiles : voir par exemple *Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 21 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1991] A.C.F. n° 1008 (QL) (C.A.). Le bulletin indique ce qui suit :

22. . . . En proposant des critères généraux pour déterminer si, pour une opération donnée, des personnes non liées ont entre elles un lien de dépendance ou non, il faut tenir compte du fait qu'il est impossible d'élaborer

every situation cannot be supplied. Each particular transaction or series of transactions must be examined on its own merits. The following paragraphs set forth the CRA's general guidelines with some specific comments about certain relationships.

¶ 23. The following criteria have generally been used by the courts in determining whether parties to a transaction are not dealing at "arm's length":

- was there a common mind which directs the bargaining for both parties to a transaction;
- were the parties to a transaction acting in concert without separate interests; and
- was there "de facto" control.

[63] The trial judge paraphrased the Canada Revenue Agency criteria at para. 56 of his reasons. He found that the appropriate relationship to assess was that between Compton and McLarty. Applying the indicia for identifying dealings not at arm's length, he found that Compton and Sapiha did not influence the decision of McLarty to invest, that there was no evidence that Compton and McLarty acted in concert without separate interests and that no party had the power to impose its will on the other.

[64] It appears that the trial judge had regard to the relevant indicia for determining the arm's length question and applied these indicia to the evidence, or lack of evidence. It is important to remember that in this case, the onus was on the Minister to prove that McLarty was not dealing with Compton at arm's length. His conclusion indicates that, in his view, the Minister did not satisfy that onus.

[65] The Minister states that "[i]t is the relationship between vendor and purchaser at the time of purchase that must be examined, and not the relationship at any other time or with respect to any other transaction" (Minister's factum on cross-appeal, at para. 26). I am unable to agree with such a restrictive approach. Of necessity, where the

des lignes directrices prévoyant toutes les situations. Chaque transaction ou série de transactions donnée doit être examinée individuellement. Vous trouverez ci-après les lignes directrices générales de l'ARC ainsi que des commentaires particuliers à propos de certaines relations.

23. Les tribunaux ont, de manière générale, appliqué les critères suivants pour déterminer si une transaction avait été réalisée entre des personnes « sans lien de dépendance » :

- un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction;
- les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;
- il y a exercice effectif (de fait) du contrôle.

[63] Le juge de première instance a paraphrasé les critères de l'Agence du revenu du Canada au par. 56 de ses motifs. Il a conclu que la relation qu'il fallait apprécier était celle entre Compton et M. McLarty. Appliquant les critères selon lesquels on peut reconnaître les opérations sans lien de dépendance, il a conclu que Compton et M. Sapiha n'avaient pas influencé la décision de M. McLarty d'investir, qu'il n'y avait pas de preuve que Compton et M. McLarty aient agi de concert sans intérêts distincts, et qu'aucune partie n'avait le pouvoir d'imposer sa volonté à l'autre.

[64] Le juge de première instance semble avoir tenu compte des indices pertinents pour statuer sur la question du lien de dépendance, et avoir appliqué ces indices à la preuve, ou à l'absence de preuve. Il importe de rappeler que dans la présente affaire, il incombait au ministre de prouver l'existence d'un lien de dépendance entre M. McLarty et Compton. La conclusion du juge indique que, à son avis, le ministre ne s'était pas acquitté de cette obligation.

[65] Selon le ministre, [TRADUCTION] « [c]'est la relation entre le vendeur et l'acquéreur au moment de l'acquisition qui doit être examinée, et non la relation à quelque autre moment ou en ce qui a trait à quelque autre opération » (mémoire du ministre relatif au pourvoi incident, par. 26). Je suis incapable d'adhérer à une approche aussi

acquisition is made by an agent of the purchaser, the purchaser's connection to the acquisition transaction and to the question of whether the vendor and purchaser were dealing at arm's length will require that the agreement between the agent and the purchaser be considered. That agreement would normally precede the acquisition agreement (here all documents were signed on December 31, 1992). Indeed, even the Court of Appeal, which primarily focussed on the agreement between Compton as vendor and Compton as agent for the joint venture participants, also had regard for McLarty's involvement through the Subscription Agreement which incorporated the Offering Memorandum by reference. The Offering Memorandum contained restrictions on Compton as agent in respect of the price to be paid for the data. At paragraph 57, the Court of Appeal noted:

The findings of the court below indicate that the respondent, and indeed, the Joint Venturers as a whole had minimal input into the terms of the Technical Data Base Purchase Agreement. To be sure, the Memorandum required the purchase price of the Data to be no higher than the lowest appraised value received from three experienced, independent valuers. However, that appears to be the extent of the respondent's control over the terms of the bargain. After all, Sapieha was responsible for obtaining the valuations. The findings of the court below do not indicate that the respondent was involved in choosing the appraisers or that he even reviewed their evaluations prior to purchase.

[66] The Minister concedes that “[w]hile the surrounding circumstances form part of the factual underpinning, they may be relevant to a s. 69(1)(a) analysis, but only to the extent that they relate to the parties’ dealings with respect to the purchase of the seismic data itself” (Minister’s factum on cross-appeal, at para. 32). The Minister also concedes that the “restrictions on an agent’s authority are relevant considerations in the arm’s length analysis” (Minister’s factum on cross-appeal, at para. 36). However, in this case, the

limitative. Lorsque l’acquisition est effectuée par un mandataire de l’acquéreur, l’examen de la relation entre l’acquéreur et l’opération d’acquisition, ainsi que l’examen de la question relative à l’existence d’un lien de dépendance entre le vendeur et l’acquéreur, supposeront nécessairement la prise en considération de la convention entre le mandataire et l’acquéreur. Cette convention sera normalement antérieure à la convention d’acquisition (en l’espèce, tous les documents ont été signés le 31 décembre 1992). Même la Cour d’appel, d’ailleurs, qui s’est principalement intéressée à la convention entre Compton à titre de vendeur et Compton à titre de mandataire des coentrepreneurs, a aussi tenu compte de la participation de M. McLarty par le truchement de la convention de souscription qui incorporait la notice d’offre par renvoi. La notice d’offre imposait des restrictions à Compton à titre de mandataire à l’égard du prix à payer pour les données. Au paragraphe 57, la Cour d’appel a signalé ce qui suit :

Les conclusions tirées par le tribunal d’instance inférieure donnent à penser que l’intimé et, de fait, les coentrepreneurs dans l’ensemble ont fort peu contribué à l’élaboration des dispositions de la convention d’achat de la base de données techniques. Il est vrai que la notice exigeait que le prix d’achat des données ne soit pas plus élevé que le montant de l’évaluation la plus basse obtenue de trois évaluateurs indépendants chevronnés. Toutefois, cela semble être toute la mesure dans laquelle l’intimé exerçait un contrôle sur les conditions du marché. Au bout du compte, c’était M. Sapieha qui était chargé d’obtenir les évaluations. Les conclusions du tribunal d’instance inférieure ne laissent pas entrevoir que l’intimé aurait participé au choix des évaluateurs ou même qu’il aurait examiné leurs évaluations avant l’achat.

[66] Le ministre concède que [TRADUCTION] « [b]ien que l’ensemble des circonstances fassent partie du fondement factuel, elles peuvent être pertinentes à une analyse faite en fonction de l’al. 69(1)a, mais uniquement dans la mesure où elles concernent les opérations des parties ayant trait à l’acquisition des données sismiques elles-mêmes » (mémoire du ministre relatif au pourvoi incident, par. 32). Le ministre concède également que les [TRADUCTION] « restrictions relatives aux pouvoirs du mandataire sont des considérations

Minister believes “the control retained by the joint venturers was insignificant” (Minister’s factum on cross-appeal, at para. 36).

[67] The Minister says that McLarty exercised minimal oversight in the purchase of the data and did not exhibit due diligence, that the independent appraisals were unrealistic, that McLarty did not even look at the purchase price and that the price he paid was 10 times the price that the entire data, consisting of even more data than that acquired by the joint venture participants had traded for earlier in 1992, and that McLarty was indifferent to the price.

[68] As already noted, the trial judge placed significance on the limitations imposed on the purchase transaction by the Offering Memorandum. He stated at para. 60 of his reasons:

There was no collusion to inflate the price of the Venture Data because the Appellant had accepted the terms of the Memorandum which limited the purchase price to not higher than the lowest valuation.

[69] The trial judge and the Federal Court of Appeal have both considered the limitation on the purchase price in the Offering Memorandum, but each has placed different significance on it. The trial judge considered it important; the Federal Court of Appeal did not.

[70] The Court of Appeal made no finding of palpable and overriding error by the trial judge in his findings of fact. I am of the respectful view that the Federal Court of Appeal was in error in interfering with the factual findings and inferences drawn from the facts by the trial judge.

[71] I cannot agree with the Federal Court of Appeal that the trial judge erred in law. It is true he placed more significance on the limitations on Compton imposed by the Offering Memorandum

pertinentes à une analyse du lien de dépendance » (mémoire du ministre relatif au pourvoi incident, par. 36). En l’espèce cependant, le ministre estime que [TRADUCTION] « le contrôle conservé par les coentrepreneurs était dérisoire » (mémoire du ministre relatif au pourvoi incident, par. 36).

[67] Le ministre affirme que M. McLarty a exercé une surveillance minime quant à l’acquisition des données et n’a pas fait preuve de la diligence requise, que les évaluations indépendantes n’étaient pas réalistes, que M. McLarty n’a même pas regardé le prix d’acquisition et que le prix qu’il a payé était de 10 fois supérieur au prix auquel s’étaient échangées plus tôt en 1992 la totalité des données, soit une quantité de données encore plus grande que celles acquises par les coentrepreneurs, et que le prix laissait M. McLarty indifférent.

[68] Comme je l’ai signalé, le juge de première instance a accordé de l’importance aux limites imposées par la notice d’offre à l’égard de l’opération d’acquisition. Il a écrit ce qui suit au par. 60 de ses motifs :

Il n’y avait pas de collusion pour gonfler le prix des données de l’entreprise, parce que l’appelant avait accepté les conditions énoncées dans la notice, lesquelles limitaient le prix d’achat au montant de l’évaluation la plus basse.

[69] Le juge de première instance et la Cour d’appel fédérale ont tous deux pris en considération la limitation du prix d’achat prévue dans la notice d’offre. Mais alors que le juge de première instance l’a estimée importante, la Cour d’appel fédérale l’a jugée sans importance.

[70] La Cour d’appel n’a conclu à la présence d’aucune erreur manifeste et dominante dans les motifs du juge de première instance. Je suis d’avis que la Cour d’appel fédérale a fait une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance et les inférences qu’il a tirées des faits.

[71] Je ne puis être d’accord avec la Cour d’appel fédérale lorsqu’elle estime que le juge de première instance a commis des erreurs de droit. Il est vrai qu’il a accordé plus d’importance que la



than did the Federal Court of Appeal. But barring palpable and overriding error, he was entitled to do so.

[72] Had the trial judge found that McLarty had subordinated his entire decision making power to Compton as his agent, his dealings with Compton as vendor would not have been at arm's length. He would not have been making an independent decision about the purchase but would have left that completely to Compton. But those are not the facts found or inferences drawn by the trial judge.

[73] It was appropriate for the trial judge to have considered the entirety of the transactions by which McLarty bound himself to purchase his interest in the seismic data and place limitations on Compton as his agent with respect to the purchase price of the data. It was for the trial judge to draw inferences from these facts. The Federal Court of Appeal was in error in interfering with the conclusion of the trial judge.

#### V. Conclusion

[74] I am not unmindful that McLarty's involvement in the determination of the purchase price was minimal. The price paid was significantly in excess of the price paid for the data in transactions earlier in 1992. Another trial judge may well have concluded that McLarty was indifferent to the purchase price and that he had effectively subordinated his decision making to Compton with the conclusion that Compton as vendor and McLarty as purchaser were not dealing at arm's length. However, these were factual decisions for the trial judge and are not open to reinterpretation by an appellate court, barring a finding of palpable and overriding error which was not made in this case.

Cour d'appel fédérale aux limitations imposées à Compton par la notice d'offre. Mais à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur manifeste et dominante, il avait le droit de le faire.

[72] Si le juge de première instance était arrivé à la conclusion que M. McLarty avait totalement abandonné son pouvoir de prise de décision à Compton à titre de mandataire, les opérations qu'il a effectuées avec Compton à titre de vendeur n'auraient pas constitué des opérations sans lien de dépendance. Il n'aurait pas pris la décision relative à l'achat en toute indépendance, mais s'en serait complètement remis à Compton en cette matière. Mais les conclusions de fait et les inférences tirées par le juge de première instance ne vont pas dans ce sens.

[73] Il était opportun pour le juge de première instance de prendre en considération la totalité des opérations par lesquelles M. McLarty s'est engagé à faire l'acquisition d'un intérêt dans les données sismiques et à fixer des limites à Compton à titre de mandataire quant au prix d'acquisition des données. Il appartenait au juge de première instance de tirer des inférences de ces faits. La Cour d'appel fédérale a fait une erreur en modifiant la conclusion du juge de première instance.

#### V. Conclusion

[74] Je ne fais pas abstraction du fait que la participation de M. McLarty à la détermination du prix d'achat a été minime. Le prix payé était notablement supérieur au prix payé pour les données lors d'opérations effectuées plus tôt en 1992. Un autre juge aurait très bien pu estimer en première instance que le prix d'achat laissait M. McLarty indifférent et que ce dernier avait effectivement abandonné à Compton son pouvoir de décision, ce qui aurait amené le juge à conclure à l'existence d'un lien de dépendance entre Compton à titre de vendeur et M. McLarty à titre d'acquéreur. Il s'agissait cependant de décisions de faits qui appartenaient au juge de première instance et qui ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle interprétation par une cour d'appel, à moins que celle-ci ne conclue à une erreur manifeste et dominante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[75] The Minister has numerous basis for challenging the deductions taken by a taxpayer. He may rely on sham or the general anti-avoidance rule to name just two. He did not do so in this case. In reassessment cases, the role of the court is solely to adjudicate disputes between the Minister and the taxpayer. It is not a protector of government revenue. The court must decide only whether the Minister, on the basis on which he chooses to assess, is right or wrong. In this Court, the Minister relied on contingent liability and non-arm's length dealing. The liability incurred by McLarty was not contingent and there was no basis to interfere with the findings of the trial judge that McLarty's dealings with Compton were at arm's length.

[76] In the result, the appeal should be dismissed with costs throughout. The cross-appeal should be allowed with costs. The decision of the Federal Court of Appeal should be set aside and the decision of the trial judge restored.

The following are the reasons delivered by

[77] BASTARACHE AND ABELLA JJ. (dissenting on the appeal) — Mr. McLarty attempted to take a deduction of \$100,000 on his income tax return for a “Canadian exploration expense” under s. 66.1(6) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). Section 66.1(6) allows tax deductions for expenses incurred “for the purpose of determining the existence, location, extent or quality of an accumulation of petroleum or natural gas (other than a mineral resource) in Canada”. The \$100,000 amount claimed by Mr. McLarty consisted of two parts: \$15,000 he paid up front in cash and \$85,000 in the form of a promissory note. Both the cash and note were given to Compton Resource Corporation (“CRC”) as consideration for seismic data, which is geophysical information used to locate oil and gas reserves. CRC, in turn, purchased that data from a company called Seitel on the previous day, offering as consideration a cash payment and a promissory note; the latter had identical repayment terms

[75] Le ministre dispose de nombreux moyens pour contester les déductions demandées par un contribuable. Il peut se fonder sur la notion de simulacre ou sur la règle générale anti-évitement, pour n'en nommer que deux. Il ne l'a pas fait dans ce cas. En matière de nouvelle cotisation, le rôle du tribunal se borne à trancher les différends entre le ministre et le contribuable. Il n'est pas le protecteur des revenus de l'État. Le tribunal doit uniquement décider si le ministre, selon le fondement qu'il a choisi pour établir la cotisation, a raison ou a tort. Devant notre Cour, le ministre a invoqué la dette éventuelle et le lien de dépendance. La dette contractée par M. McLarty n'était pas éventuelle et il n'y avait aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les opérations entre M. McLarty et Compton étaient sans lien de dépendance.

[76] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal avec dépens dans toutes les cours et d'accueillir le pourvoi incident avec dépens. Je suis en outre d'avis d'annuler la décision de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge de première instance.

Version française des motifs rendus par

[77] LES JUGES BASTARACHE ET ABELLA (dissidents quant au pourvoi principal) — Monsieur McLarty a demandé dans sa déclaration de revenus une déduction de 100 000 \$ pour des « frais d'exploration au Canada », en vertu du par. 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.). Le paragraphe 66.1(6) permet des déductions pour les dépenses engagées « en vue de déterminer l'existence, la localisation, l'étendue ou la qualité d'un gisement de pétrole ou de gaz naturel (à l'exception d'une ressource minérale) au Canada ». La somme de 100 000 \$ déduite par M. McLarty se composait de deux parties : une somme de 15 000 \$ qu'il avait versée initialement, en argent comptant, et un billet pour une somme de 85 000 \$. L'argent comptant et le billet ont été remis à Compton Resource Corporation (« CRC ») à titre de contrepartie pour des données sismiques — des renseignements de nature géophysique utilisés pour localiser des gisements de pétrole et de gaz naturel.

to those in Mr. McLarty's note. The promissory notes, by their terms, were to be paid only out of revenues derived from the business venture. If revenues proved insufficient, the noteholders would be entitled to receive no more than 60% of the value from the resale of the seismic data when the note came due. As a result, there was no guarantee that Mr. McLarty would ever have to pay the full amount of the note.

[78] The Minister of National Revenue offered two arguments for disallowing the \$85,000 tax deduction based on the promissory note. First, the Minister argued that the promissory note was not an "expense incurred" but a "contingent liability", which is "a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen" (*Wawang Forest Products Ltd. v. The Queen*, 2001 D.T.C. 5212, 2001 FCA 80, at para. 11). Second, the Minister argued that the sale of seismic data to Mr. McLarty did not occur at arm's length because the vendor acted as Mr. McLarty's agent in the sale. Under tax law, if a transaction does not occur at arm's length, then the purchase price may be reassessed.

[79] While we agree with the majority's holding that the transaction occurred at arm's length, we are of the view, with respect, that Mr. McLarty's promissory note is a contingent liability and therefore does not meet the requirements of s. 66.1(6).

[80] Under s. 66.1(6) of the Act, Mr. McLarty may take a tax deduction where he has incurred an expense. The law is that "an expense is incurred for tax purposes when the taxpayer has a clear legal obligation to pay the amount in question" (P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (6th ed. 2007), at p. 230). This Court propounded that principle in

CRC avait acheté ces données à une société du nom de Seitel le jour précédent, en offrant en contrepartie un paiement en argent comptant et un billet assorti de modalités de remboursement identiques à celles du billet de M. McLarty. Les billets, selon les conditions qui les régissaient, devaient être payés uniquement à même les revenus procurés par la coentreprise. Si les revenus s'avéraient insuffisants, les détentrices des billets auraient le droit de recevoir au plus 60 % de la valeur de revente des données sismiques à l'échéance du billet. Rien ne garantissait par conséquent que M. McLarty aurait jamais à payer la totalité du billet.

[78] Le ministre du Revenu national a invoqué deux arguments pour refuser la déduction fiscale de 85 000 \$ basée sur le billet. Il a fait valoir, premièrement, que le billet n'était pas une « dépense effectuée » mais une [TRADUCTION] « obligation éventuelle », soit « une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire » (*Wawang Forest Products Ltd. c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 449 (QL), 2001 CAF 80, par. 11). Deuxièmement, le ministre a soutenu que la vente des données sismiques à M. McLarty n'était pas une opération sans lien de dépendance parce que, lors de la vente, le vendeur avait agi à titre de mandataire de M. McLarty. Selon la législation fiscale, dans le cas d'une opération qui n'est pas réalisée par des personnes sans lien de dépendance, le prix d'acquisition peut faire l'objet d'une nouvelle cotisation.

[79] Tout en étant d'accord avec la majorité pour conclure que l'opération a été effectuée sans lien de dépendance, nous estimons avec égards que le billet de M. McLarty est une dette éventuelle et qu'il ne satisfait donc pas aux exigences du par. 66.1(6).

[80] Aux termes du par. 66.1(6) de la Loi, M. McLarty peut demander une déduction d'impôt s'il a engagé une dépense. La règle de droit est la suivante : [TRADUCTION] « une dépense est engagée, aux fins de l'impôt, lorsque le contribuable a l'obligation juridique manifeste de payer la somme en question » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (6<sup>e</sup> éd.

*J. L. Guay Ltée v. M.N.R.*, 75 D.T.C. 5094 (S.C.C.), aff'g [1973] C.T.C. 506 (F.C.A.), aff'g [1971] C.F. 237 (T.D.).

[81] Expenses (absolute liabilities) are distinguished from contingent liabilities (which are not tax deductible) with reference to the “*Winter test*”. In *Winter v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), Lords Reid and Guest discussed how to differentiate absolute from contingent liabilities. In *Winter*, Lord Guest explained:

Contingent liabilities must . . . be something different from future liabilities which are binding on the company, but are not payable until a future date. I should define a contingency as an event which may or may not occur and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen. [p. 262]

[82] This approach was adopted by this Court in *Mandel v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 318, aff'g [1979] 1 F.C. 560 (C.A.), aff'g [1977] 1 F.C. 673 (T.D.).

[83] In *Mandel*, this Court held that a liability is contingent when it exists only in the event that a business generates profits. Taxpayers acquired a movie for \$577,892. They did not, however, pay the full purchase price. They made a down payment of \$150,000 and agreed to pay the balance out of the profits to be generated once the movie was completed and distributed. The taxpayers assumed no liability for the balance of the purchase price in the event that the movie failed to generate sufficient profits. The Minister permitted a deduction, but only for the amount actually paid. The Federal Court, Trial Division, the Federal Court of Appeal and the Supreme Court agreed with that assessment. The taxpayers' liability to pay the balance of the purchase price was found to be a contingent liability since they were liable only if an uncertain event occurred, namely, that the movie generated sufficient profits.

2007), p. 230). Notre Cour a proposé ce principe dans *J. L. Guay Ltée c. M.R.N.*, [1975] C.T.C. 97 (C.S.C.), conf. [1972] A.C.F. n° 134 (QL) (C.A.), conf. [1971] C.F. 237 (1<sup>re</sup> inst.).

[81] On distingue les dépenses (obligations absolues) et les obligations éventuelles (qui ne sont pas déductibles) en fonction du « critère de l'arrêt *Winter* ». Dans *Winter c. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.), les lords Reid et Guest ont traité de la façon de différencier les obligations absolues et les obligations éventuelles. Dans *Winter*, lord Guest a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION] Les obligations éventuelles doivent [. . .] être une chose différente des obligations futures qui lient la société mais qui ne sont pas payables avant une date future. Il convient de préciser qu'une éventualité est un événement qui peut se produire ou ne pas se produire et qu'une obligation éventuelle est une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire. [p. 262]

[82] Cette approche a été retenue par notre Cour dans *Mandel c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 318, conf. [1979] 1 C.F. 560 (C.A.), conf. [1977] 1 C.F. 673 (1<sup>re</sup> inst.).

[83] Dans *Mandel*, notre Cour a conclu qu'une dette est éventuelle lorsqu'elle existe seulement dans le cas où une entreprise génère des bénéfices. Les contribuables avaient acquis un film pour la somme de 577 892 \$. Cependant, ils n'avaient pas payé le prix d'acquisition en totalité. Ils avaient versé un acompte de 150 000 \$ et s'étaient engagés à payer le solde à même les bénéfices que procurerait le film une fois qu'il serait terminé et distribué. Les contribuables n'assumaient aucune obligation à l'égard du solde du prix d'acquisition dans l'éventualité où le film ne générerait pas de bénéfices suffisants. Le ministre a permis une déduction, mais uniquement de la somme effectivement versée. La Division de première instance de la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême ont reconnu le bien-fondé de cette cotisation. Elles ont estimé que l'obligation des contribuables de payer le solde du prix d'acquisition était une obligation éventuelle puisqu'elle ne valait que si un fait incertain se produisait, à savoir que le film génère des bénéfices suffisants.

[84] The definition in *Winter* was also adopted by the Federal Court of Appeal, *per* Sharlow J.A., in *Wawang*, as follows: “I should define a contingency as an event which may or may not occur and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen” (para. 11).

[85] Pursuant to *Winter*, we apply the following question to this note: Is the liability it creates to pay the full amount of \$85,000 dependent for its existence on an event which may or may not happen? In our view, the liability in this case is contingent because Mr. McLarty’s obligations (including whether he must resell the data when the note comes due) depend on whether the venture proves to be sufficiently profitable.

[86] Schedule 1 to the promissory note provided that it would be paid out by way of assignment to CRC (the vendor) of 60% of Mr. McLarty’s share of any seismic licensing revenues and 20% of his share of the production cash flow from the drilling program. Any payments were to be credited against accrued interest first and then against principal. In the event that any portion of the principal or interest remained unpaid on December 31, 1999, the due date of the promissory note, then CRC would appoint an independent trustee to sell Mr. McLarty’s 1.57% interest in the seismic data and 20% of his interest in the joint venture’s petroleum rights, with any proceeds to be allocated against the outstanding debt as follows: (1) 60% of the sale proceeds from the disposition of Mr. McLarty’s interest in the seismic data; and (2) all of Mr. McLarty’s share of the sale proceeds from the disposition of 20% of his interest in the joint venture’s petroleum rights. In sum, Mr. McLarty would never be personally liable for the \$85,000. The noteholder would only receive the full amount in the event that the venture proved sufficiently profitable (or the data, on resale, sufficiently valuable) to cover the debt.

[84] La définition proposée dans *Winter* a également été retenue par la juge Sharlow de la Cour d’appel fédérale dans *Wawang* : « Il convient de préciser qu’une éventualité est un événement qui peut se produire ou ne pas se produire et une obligation éventuelle est une obligation dont l’existence dépend d’un événement qui peut se produire ou ne pas se produire » (par. 11).

[85] Dans la perspective de l’arrêt *Winter*, nous posons la question suivante à propos de ce billet : l’existence de l’obligation qu’il crée de payer la somme intégrale de 85 000 \$ dépend-elle d’un événement qui peut se produire ou ne pas se produire? Selon nous, la dette en cause est de nature éventuelle parce que les obligations de M. McLarty (y compris s’il devra revendre les données à l’échéance du billet) dépendent de ce que l’entreprise s’avère suffisamment lucrative.

[86] L’annexe 1 du billet stipulait qu’il serait payé par la cession à CRC (le vendeur) de 60 % de la part de M. McLarty des revenus tirés de la concession de licences à l’égard des données sismiques et de 20 % de sa part des fonds de production générés par le programme de forage. Tous les paiements devaient être affectés en premier lieu aux intérêts courus, puis au principal. Si une partie du principal ou des intérêts demeurait impayée le 31 décembre 1999, date d’échéance du billet, CRC devait désigner un fiduciaire indépendant pour vendre l’intérêt de 1,57 % de M. McLarty dans les données sismiques et 20 % de son intérêt dans les droits relatifs aux hydrocarbures de la coentreprise, le produit devant être affecté à la dette en souffrance selon les modalités suivantes : (1) 60 % du produit de la vente de l’intérêt de M. McLarty dans les données sismiques; (2) la totalité de la part de M. McLarty dans le produit de la vente de 20 % de sa participation dans les droits relatifs aux hydrocarbures de la coentreprise. En résumé, M. McLarty ne serait jamais personnellement responsable du paiement de la somme de 85 000 \$. La détentrice du billet ne recevrait la totalité du montant que dans le cas où l’entreprise s’avérerait suffisamment lucrative (ou les données, à la revente, s’avéreraient d’une valeur suffisante) pour couvrir la dette.

[87] Mr. McLarty's promissory note read in part as follows:

The undersigned, FOR VALUE RECEIVED, hereby promises to pay to COMPTON RESOURCE CORPORATION (the "Noteholder") on the 31st day of December, 1999, the sum of eighty-five thousand (\$85,000) in lawful money of Canada together with any accrued and unpaid interest on any unpaid portion of the said principal sum, which interest shall accrue from and after December 31, 1992, at the rate of eight percent (8%) per annum calculated annually and not in advance.

The terms of repayment of this promissory note to the Noteholder shall be limited to those terms set out herein and no other action shall lie against the undersigned in respect of any covenant for payment.

The indebtedness of the undersigned shall be reduced only in accordance with the provisions set forth in Schedule 1 attached hereto, which schedule is incorporated into and forms part of this promissory note.

This promissory note shall be non-negotiable and non-assignable by the Noteholder without the prior written consent of the undersigned and the assignee first agreeing in writing with the undersigned to be bound by the terms hereof.

[88] The actual terms of the promissory note thus require payment of 60% of the profits from the sale of the data and 20% of the drilling rights. As a result, if no profits are made, the noteholder would be entitled to receive 60% of the proceeds of sale of the data. These terms are considered "default provisions" because they were only to be imposed in case of non-payment as of December 31, 1999. The data thus acted as security for CRC.

[89] Both the Minister and Mr. McLarty agreed that a creditor's limited recourse on default of debt cannot make an otherwise absolute liability contingent nor can it turn an otherwise contingent obligation into an absolute one. As such, the fact that Mr. McLarty was to surrender 60% of the proceeds from the sale of the data does not render the note an absolute liability. On the contrary, Mr. McLarty's liability depends on whether the business venture generates revenues. Mr. McLarty only needs to sell

[87] Le billet signé par M. McLarty est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION] Le soussigné, MOYENNANT CONTREPARTIE, promet par les présentes de verser à COMPTON RESOURCE CORPORATION (la « détentrice du billet ») le 31 décembre 1999 la somme de quarante-cinq mille dollars (85 000 \$) en argent canadien ainsi que les intérêts courus impayés sur la partie non remboursée du principal, les intérêts devant commencer à courir le 31 décembre 1992, au taux de huit pour cent (8 %) l'an, calculés chaque année et non à l'avance.

Les conditions de remboursement du billet à la détentrice seront limitées à celles qui sont énoncées dans les présentes et aucune autre mesure ne pourra être prise contre le soussigné à l'égard d'un engagement de paiement.

La dette du soussigné sera réduite uniquement en conformité avec les dispositions énoncées à l'annexe 1 ci-jointe, laquelle est incorporée dans le présent billet et en fait partie.

La détentrice du billet ne peut pas négocier ou céder le billet sans le consentement préalable écrit du soussigné et sans que le cessionnaire ne s'engage d'abord par écrit envers le soussigné à être lié par les conditions y afférentes.

[88] Les conditions véritables du billet exigeaient donc le paiement de 60 % des bénéfices tirés de la vente des données et de 20 % des droits de forage. Dans le cas où aucun bénéfice n'était réalisé, la détentrice du billet avait le droit de toucher 60 % du produit de la vente des données. Ces conditions sont considérées comme des « clauses d'inexécution » parce qu'elles devaient s'appliquer seulement en cas de non-paiement le 31 décembre 1999. Les données constituaient ainsi une garantie pour CRC.

[89] Le ministre et M. McLarty ont tous deux reconnu que le recours limité d'un créancier en cas de non-paiement de la dette ne peut rendre éventuelle une obligation qui est par ailleurs absolue, comme il ne peut rendre absolue une obligation qui est par ailleurs éventuelle. Le fait que M. McLarty devait céder 60 % du produit de la vente des données ne fait pas en soi du billet une dette absolue. Au contraire, l'obligation de M. McLarty dépend de la production de revenus par l'entreprise.

the seismic data if the venture has not generated sufficient revenues to cover the \$85,000 face value of the promissory note. Whether it will do so is uncertain. This in turn makes the liabilities that depend on revenue generation uncertain and, accordingly, contingent. This means that Mr. McLarty's obligation to resell the venture data is also contingent, because it too depends on whether sufficient revenues have been generated to cover the face value of the promissory note.

[90] Moreover, the terms of the note specify that Mr. McLarty would only be obliged to repay 60% of the sold data and that any balance owing after the allocation of the proceeds will be forgiven. This cannot be equated to an absolute liability to pay \$85,000. What if the note had specified the "default" as Mr. McLarty owing 30% of the sale of the proceeds, or even 2%? Would the note still be considered an absolute liability to repay \$85,000? We think not. Mr. McLarty attempts to argue that this provision is the equivalent of debt forgiveness, which does not alter the status of a liability for tax purposes. It is erroneous to equate the two situations because in the present case, the "debt forgiveness" was specified *within* the loan arrangement. The repayment of the \$85,000 was thus contingent on whether the seismic data produced revenue or not. The "default" provisions cannot be considered to alter this contingency. The fact that Seitel characterized its note to CRC as contingent and that the repayment terms of this note are identical to those in the note between CRC and Mr. McLarty support this point.

[91] Section 66.1(6) of the *Income Tax Act* offers deductions to taxpayers who have made themselves *absolutely* liable. Mr. McLarty is not in that category. In *Mandel*, this Court confirmed that where liabilities depend on whether a business venture generates revenues, they must be characterized,

Monsieur McLarty n'a besoin de vendre les données sismiques que si l'entreprise n'a pas généré des revenus suffisants pour couvrir la valeur nominale de 85 000 \$ du billet. Il n'est pas certain qu'elle produise des revenus suffisants, ce qui donne un caractère incertain, et par conséquent éventuel, aux obligations qui dépendent de la production de revenus. Cela signifie que l'obligation de M. McLarty de revendre les données de l'entreprise a elle aussi un caractère éventuel, car elle dépend elle aussi de la production de revenus suffisants pour couvrir la valeur nominale du billet.

[90] En outre, les conditions du billet précisent que M. McLarty ne sera tenu de rembourser que 60 % du produit de la vente des données et que tout solde éventuellement dû après l'affectation de ce produit fera l'objet d'une renonciation. Cela ne saurait être considéré comme une obligation absolue de payer la somme de 85 000 \$. Quelle serait la situation si le billet avait stipulé que « l'inexécution » consistait dans le fait pour M. McLarty de devoir 30 % du produit de la vente, ou même 2 %? Le billet serait-il encore considéré comme une obligation absolue de rembourser la somme de 85 000 \$? Nous ne le croyons pas. Monsieur McLarty tente de faire valoir que cette clause est l'équivalent d'une renonciation à une créance, qui ne modifie pas la nature d'une obligation sur le plan fiscal. Cette assimilation est erronée parce que dans la présente affaire, la « renonciation à la créance » était indiquée *dans* l'entente de prêt. Le remboursement des 85 000 \$ dépendait donc de la production de revenus tirés des données sismiques. On ne saurait considérer que les clauses relatives à « l'inexécution » modifient ce caractère éventuel du remboursement. Le fait que Seitel ait qualifié d'éventuel le billet remis à CRC et que les modalités de remboursement de ce billet soient identiques à celles figurant dans le billet entre CRC et M. McLarty vient appuyer cette conclusion.

[91] Le paragraphe 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* offre des déductions aux contribuables qui ont contracté une obligation *absolue*. Monsieur McLarty ne fait pas partie de cette catégorie. Dans *Mandel*, notre Cour a confirmé que des obligations qui dépendent de la production de revenus par une

for tax purposes, as contingent. How much Mr. McLarty will pay CRC, and by what means, depend on the uncertain success of his business venture. Mr. McLarty may eventually claim a tax deduction, if he pays CRC some amount under the promissory note. In other words, he may take the deduction when he incurs the expense. Until then, it is difficult to see his liability as anything other than contingent.

[92] We would therefore allow the appeal and cross-appeal, both with costs.

*Appeal dismissed with costs, BASTARACHE and ABELLA JJ. dissenting. Cross-appeal allowed with costs.*

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

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Fraser Milner Casgrain, Calgary.*

entreprise doivent, pour les besoins de l'impôt, être caractérisées d'éventuelles. La somme que M. McLarty paiera à CRC et les moyens qu'il prendra pour la payer dépendent de la réussite incertaine de son entreprise. Monsieur McLarty pourra un jour demander une déduction fiscale s'il paie à CRC une certaine somme aux termes du billet. En d'autres mots, il pourra se prévaloir de la déduction lorsqu'il engagera la dépense. Mais jusqu'à ce moment-là, il est difficile de considérer sa dette autrement que comme une dette éventuelle.

[92] Nous sommes par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

*Pourvoi principal rejeté avec dépens, les juges BASTARACHE et ABELLA sont dissidents. Pourvoi incident accueilli avec dépens.*

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

*Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Fraser Milner Casgrain, Calgary.*



**Waddah Mustapha (a.k.a. Martin Mustapha)** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

**Culligan of Canada Ltd.** *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

**INDEXED AS: MUSTAPHA v. CULLIGAN OF CANADA LTD.**

**Neutral citation: 2008 SCC 27.**

File No.: 31902.

2008: March 18; 2008: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Negligence — Duty of care — Foreseeability — Personal injury — Mental injury — Customer suing his bottled water supplier in negligence after finding remains of flies in unopened bottle — Customer claiming mental injury — Whether damage too remote to allow recovery.*

In the course of replacing an empty bottle of drinking water with a full one, M saw a dead fly and part of another dead fly in the unopened replacement bottle. Obsessed with the event and its “revolting implications” for the health of his family, he developed a major depressive disorder, phobia and anxiety. He sued C, the supplier of the bottle of water, for psychiatric injury. The trial judge awarded him general and special damages, as well as damages for loss of business, but the Court of Appeal overturned the judgment on the basis that the injury was not reasonably foreseeable and hence did not give rise to a cause of action.

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

**Waddah Mustapha (alias Martin Mustapha)** *Appellant/Intimé au pourvoi incident*

c.

**Culligan du Canada Ltée** *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : MUSTAPHA c. CULLIGAN DU CANADA LTÉE**

**Référence neutre : 2008 CSC 27.**

N° du greffe : 31902.

2008 : 18 mars; 2008 : 22 mai.

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

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Préjudice personnel — Préjudice psychologique — Action en négligence intentée par un consommateur contre son fournisseur d'eau embouteillée par suite de la découverte de restes de mouches dans une bouteille encore scellée — Préjudice psychologique invoqué par le consommateur — Les dommages subis sont-ils trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation?*

Pendant qu'il remplaçait une bouteille d'eau vide par une bouteille pleine encore scellée, M a constaté la présence dans cette dernière bouteille d'une mouche morte et des restes d'une autre mouche. Obsédé par cet événement et par ses « conséquences révoltantes » pour la santé de sa famille, M a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d'anxiété. Il a poursuivi C, le fournisseur de la bouteille d'eau, pour préjudice psychiatrique. Le juge de première instance lui a accordé des dommages-intérêts généraux et spéciaux, de même que des dommages-intérêts pour pertes d'activités commerciales. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé ce jugement, estimant que le préjudice n'était pas raisonnablement prévisible et, partant, ne donnait pas naissance à une cause d'action.

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

M's damage is too remote to allow recovery. As the manufacturer of a consumable good, C owed M, the ultimate consumer of that good, a duty of care in supplying bottled water to him, and it breached the standard of care by providing M with contaminated water. The requirement of personal injury, which includes serious and prolonged psychological injury, is also met: M suffered a debilitating psychological injury which had a significant impact on his life. C's breach caused that injury in fact, but not in law: M failed to show that it was foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury from seeing the flies in the bottle of water he was about to install. Unusual or extreme reactions to events caused by negligence are imaginable but not reasonably foreseeable. In this case, the trial judge erred in applying a subjective standard. [3] [6-11] [15] [18]

The claim for damages for breach of contract also fails. M's damage could not be reasonably supposed to have been within the contemplation of the parties when they entered into their agreement. [19]

#### Cases Cited

**Referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617; *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509; *Devji v. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Tame v. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30.

#### Authors Cited

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk and Blair J.J.A. and Then J. (*ad hoc*)) (2006), 84 O.R. (3d) 457, 275 D.L.R. (4th) 473, 218 O.A.C. 271,

Les dommages subis par M sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation. En tant que fabricant d'un bien de consommation, C était tenue envers M, le consommateur ultime de ce bien, à une obligation de diligence lorsqu'elle lui fournissait de l'eau embouteillée et elle a manqué à la norme de diligence en fournissant à ce dernier de l'eau contaminée. M a aussi démontré qu'il avait subi un préjudice personnel, ce qui s'entend notamment d'un préjudice psychologique grave et de longue durée : M a subi des troubles psychiatriques qui ont été débilatants et ont eu une incidence considérable sur sa vie. Le manquement de C a causé ce préjudice en fait, mais non en droit : M n'a pas établi qu'il était prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave en voyant les restes de mouches dans la bouteille d'eau qu'il s'appretait à installer. Des réactions inhabituelles ou extrêmes à des événements résultant de la négligence sont concevables, mais elles ne sont pas raisonnablement prévisibles. En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en appliquant une norme subjective. [3] [6-11] [15] [18]

L'action en dommages-intérêts pour cause de violation du contrat échoue également. On ne pouvait pas raisonnablement supposer que les parties avaient envisagé le préjudice subi par M lorsqu'elles ont conclu leur contrat. [19]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617; *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509; *Devji c. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Tame c. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30.

#### Doctrine citée

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk et Blair et le juge Then (*ad hoc*)) (2006), 84 O.R. (3d) 457, 275 D.L.R. (4th) 473, 218 O.A.C.

43 C.C.L.T. (3d) 27, [2006] O.J. No. 4964 (QL), 2006 CarswellOnt 7937, setting aside a judgment of Brockenshire J. (2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123, [2005] O.J. No. 1469 (QL), 2005 CarswellOnt 1456, allowing an action in negligence. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Paul J. Pape, Susan M. Chapman and John J. Adair*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Hillel David and Lisa La Horey*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The plaintiff, Mr. Mustapha, sues for psychiatric injury sustained as a result of seeing the dead flies in a bottle of water supplied by the defendant, Culligan. In the course of replacing an empty bottle of drinking water with a full one, Mr. Mustapha saw a dead fly and part of another dead fly in the unopened replacement bottle. He became obsessed with the event and its “revolting implications” for the health of his family, which had been consuming water supplied by Culligan for the previous 15 years. The plaintiff developed a major depressive disorder with associated phobia and anxiety. He sued Culligan for damages.

[2] The trial judge found that seeing the flies in the water resulted in psychiatric injuries to Mr. Mustapha, and awarded him \$80,000 in general damages, \$24,174.58 in special damages, and \$237,600 in damages for loss of business ((2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123). The Ontario Court of Appeal overturned the judgment on the basis that the injury was not reasonably foreseeable and hence did not give rise to a cause of action ((2006), 84 O.R. (3d) 457). The issue before this Court is whether the cause of action has been established. For different reasons than the Court of Appeal, I conclude that it has not.

271, 43 C.C.L.T. (3d) 27, [2006] O.J. No. 4964 (QL), 2006 CarswellOnt 7937, qui a infirmé une décision du juge Brockenshire (2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123, [2005] O.J. No. 1469 (QL), 2005 CarswellOnt 1456, faisant droit à une action pour négligence. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Paul J. Pape, Susan M. Chapman et John J. Adair*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

*Hillel David et Lisa La Horey*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le demandeur, M. Mustapha, a intenté une action contre la défenderesse, Culligan, invoquant le préjudice psychiatrique subi lorsqu'il a vu des mouches mortes dans une bouteille d'eau vendue par cette entreprise. Pendant qu'il remplaçait une bouteille vide par une bouteille pleine encore scellée, le demandeur a constaté la présence dans cette dernière bouteille d'une mouche morte et des restes d'une autre mouche. Le demandeur est devenu obsédé par cet événement et par ses [TRADUCTION] « conséquences révoltantes » pour la santé de sa famille, dont les membres consommaient depuis 15 ans l'eau fournie par Culligan. Il a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d'anxiété, et il a poursuivi Culligan en dommages-intérêts.

[2] Concluant que la découverte des mouches dans l'eau avait causé à M. Mustapha des dommages psychiatriques, le juge de première instance lui a accordé des dommages-intérêts généraux de 80 000 \$, des dommages-intérêts spéciaux de 24 174,58 \$ et des dommages-intérêts de 237 600 \$ pour pertes d'activités commerciales ((2005), 32 C.C.L.T. (3d) 123). La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce jugement, estimant que le préjudice n'était pas raisonnablement prévisible et, partant, ne donnait pas naissance à une cause d'action ((2006), 84 O.R. (3d) 457). La question dont notre Cour est saisie est celle de savoir si la cause d'action a été établie. Pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel, je conclus qu'elle ne l'a pas été.

[3] A successful action in negligence requires that the plaintiff demonstrate (1) that the defendant owed him a duty of care; (2) that the defendant's behaviour breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach. I shall examine each of these elements of negligence in turn. As I will explain, Mr. Mustapha's claim fails because he has failed to establish that his damage was caused in law by the defendant's negligence. In other words, his damage is too remote to allow recovery.

1. Did the Defendant Owe the Plaintiff a Duty of Care?

[4] The first question to consider in an action for negligence is whether the defendant owed the plaintiff a duty of care. The question focuses on the relationship between the parties. It asks whether this relationship is so close that the one may reasonably be said to owe the other a duty to take care not to injure the other: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). Whether such a relationship exists depends on foreseeability, moderated by policy concerns: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[5] In many cases, the relationship between the plaintiff and the defendant is of a type which has already been judicially recognized as giving rise to a duty of care. In such cases, precedent determines the question of duty of care and it is unnecessary to undertake a full-fledged duty of care analysis. As stated by A. M. Linden and B. Feldthusen, categories of relationships that have been recognized and relationships analogous to such pre-established categories need not be tested by the *Anns* formula: *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 302;

[3] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur à une telle action doit établir les éléments suivants : (1) le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi des dommages; (4) ces dommages lui ont été causés, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Je vais examiner successivement chacun de ces éléments de l'action en négligence. Comme je vais l'expliquer, M. Mustapha est débouté parce qu'il n'a pas réussi à prouver que les dommages qu'il a subis ont été causés, en droit, par la négligence de la défenderesse. Autrement dit, les dommages qu'il a subis sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation.

1. La défenderesse avait-elle une obligation de diligence envers le demandeur?

[4] Dans une action pour négligence, la première question à examiner est celle de savoir si le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur. Cette question met l'accent sur les rapports existant entre les parties. Elle consiste à se demander si ces rapports sont à ce point étroits qu'il est raisonnable d'affirmer que l'une des parties a l'obligation de veiller à ne pas causer préjudice à l'autre : *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). L'existence de tels rapports dépend de la prévisibilité du préjudice, eu égard aux considérations de politique d'intérêt général applicables : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

[5] Bien souvent, les rapports qui existent entre le demandeur et le défendeur appartiennent à une catégorie déjà reconnue par les tribunaux comme donnant naissance à une obligation de diligence. Dans de tels cas, la jurisprudence permet de répondre à la question de l'existence de l'obligation de diligence et il est inutile de procéder à une analyse exhaustive. Comme l'ont affirmé les auteurs A. M. Linden et B. Feldthusen, les catégories de rapports qui ont déjà été reconnues par les tribunaux, ainsi que les rapports assimilables à celles-ci par

*Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79, at paras. 35-36.

[6] The relationship between the parties in this case does not belong to a novel category. It has long been established that the manufacturer of a consumable good owes a duty of care to the ultimate consumer of that good: *Donoghue v. Stevenson*. It follows that Culligan owed Mr. Mustapha a duty of care in the supplying of bottled water to him.

2. Did the Defendant's Behaviour Breach the Standard of Care?

[7] The second question in a negligence action is whether the defendant's behaviour breached the standard of care. A defendant's conduct is negligent if it creates an unreasonable risk of harm (Linden and Feldthusen, at p. 130). The trial judge found that the defendant Culligan breached the standard of care by providing the plaintiff with contaminated water, and the parties did not appeal that finding before this Court. This is hardly surprising; it is clear that a supplier of bottled water intended for personal consumption is under a duty to take reasonable care to ensure that the water is not contaminated by foreign elements. The second element of liability in tort for negligence is therefore met.

3. Did the Plaintiff Sustain Damage?

[8] Generally, a plaintiff who suffers personal injury will be found to have suffered damage. Damage for purposes of this inquiry includes psychological injury. The distinction between physical and mental injury is elusive and arguably artificial in the context of tort. As Lord Lloyd said in *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.), at p. 188:

analogie, n'ont pas à faire l'objet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Anns : Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 302; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, par. 35-36.

[6] En l'espèce, les rapports qui existaient entre les parties ne constituaient pas une nouvelle catégorie. Il est établi depuis longtemps que le fabricant d'un bien de consommation est tenu à une obligation de diligence envers le consommateur ultime de ce bien : *Donoghue c. Stevenson*. Il s'ensuit donc que Culligan avait une obligation de diligence envers M. Mustapha lorsqu'elle lui fournissait de l'eau embouteillée.

2. Par ses agissements, la défenderesse a-t-elle manqué à la norme de diligence?

[7] Dans une action pour négligence, la deuxième question consiste à se demander si, par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence. Un comportement peut constituer de la négligence s'il crée des risques excessifs de préjudice (Linden et Feldthusen, p. 130). Le juge de première instance a conclu que la défenderesse Culligan a manqué à la norme de diligence en fournissant de l'eau contaminée au demandeur, conclusion que les parties n'ont pas portée en appel devant la Cour. Cela n'est guère surprenant; en effet, il va de soi qu'un fournisseur d'eau embouteillée destinée à la consommation humaine a l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour garantir que cette eau n'est pas contaminée par des corps étrangers. Par conséquent, il a été satisfait au deuxième élément de la responsabilité délictuelle pour négligence.

3. Le demandeur a-t-il subi un dommage?

[8] Règle générale, les tribunaux jugeront qu'un demandeur ayant subi un préjudice personnel a subi un dommage. Pour les besoins de la présente analyse, le terme dommage s'entend notamment d'un préjudice psychologique. En matière de responsabilité délictuelle, la distinction entre préjudice physique et préjudice psychologique est difficile à cerner, voire artificielle. Comme l'a affirmé lord Lloyd dans l'arrêt *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.), p. 188 :

In an age when medical knowledge is expanding fast, and psychiatric knowledge with it, it would not be sensible to commit the law to a distinction between physical and psychiatric injury, which may already seem somewhat artificial, and may soon be altogether outmoded. Nothing will be gained by treating them as different “kinds” of personal injury, so as to require the application of different tests in law. [Emphasis added.]

[9] This said, psychological disturbance that rises to the level of personal injury must be distinguished from psychological upset. Personal injury at law connotes serious trauma or illness: see *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), at p. 42; *Page v. Smith*, at p. 189; *Linden and Feldthusen*, at pp. 425-27. The law does not recognize upset, disgust, anxiety, agitation or other mental states that fall short of injury. I would not purport to define compensable injury exhaustively, except to say that it must be serious and prolonged and rise above the ordinary annoyances, anxieties and fears that people living in society routinely, if sometimes reluctantly, accept. The need to accept such upsets rather than seek redress in tort is what I take the Court of Appeal to be expressing in its quote from *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.): “Life goes on” (para. 60). Quite simply, minor and transient upsets do not constitute personal injury, and hence do not amount to damage.

[10] On the findings of the trial judge, supported by medical evidence, Mr. Mustapha developed a major depressive disorder with associated phobia and anxiety. This psychiatric illness was debilitating and had a significant impact on his life; it qualifies as a personal injury at law. It follows that Mr. Mustapha has established that he sustained damage.

[TRADUCTION] En cette époque d'essor rapide des connaissances médicales, y compris en matière psychiatrique, il ne serait pas raisonnable d'astreindre les tribunaux à appliquer en droit une distinction entre préjudice physique et préjudice psychiatrique, distinction peut-être déjà quelque peu artificielle et qui pourrait, sous peu, être complètement dépassée. On ne gagne rien à les considérer comme des « catégories » différentes de préjudice à la personne et à forcer, de ce fait, l'application de critères juridiques différents. [Je souligne.]

[9] Cela dit, les troubles psychologiques constituant un préjudice personnel doivent être distingués d'une simple contrariété. En droit, un préjudice personnel suppose l'existence d'un traumatisme sérieux ou d'une maladie grave : voir *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), p. 42; *Page c. Smith*, p. 189; *Linden et Feldthusen*, p. 425-427. Le droit ne reconnaît pas les contrariétés, la répulsion, l'anxiété, l'agitation ou les autres états psychologiques qui restent en deçà d'un préjudice. Je n'entends pas donner ici une définition exhaustive de ce qu'est un préjudice indemnisable, mais seulement dire que le préjudice doit être grave et de longue durée, et qu'il ne doit pas s'agir simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur. À mon sens, c'est cette nécessité d'accepter de telles contrariétés, au lieu de prendre action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation, qu'évoquait la Cour d'appel lorsqu'elle a cité *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.) : [TRADUCTION] « [E]t la vie continue » (par. 60). Tout bonnement, les contrariétés mineures et passagères n'équivalent pas à un préjudice personnel et, de ce fait, ne constituent pas un dommage.

[10] Selon les conclusions du juge de première instance, étayées par la preuve médicale, M. Mustapha a subi des troubles dépressifs graves, accompagnés de phobies et d'anxiété. Ces troubles psychiatriques ont été débilitants et ont eu une incidence considérable sur sa vie; ces troubles constituent un préjudice personnel en droit. Monsieur Mustapha a donc établi qu'il a subi un dommage.

4. Was the Plaintiff's Damage Caused by the Defendant's Breach?

[11] The fourth and final question to address in a negligence claim is whether the defendant's breach caused the plaintiff's harm in fact and in law. The evidence before the trial judge establishes that the defendant's breach of its duty of care in fact caused Mr. Mustapha's psychiatric injury. We are not asked to revisit this conclusion. The remaining question is whether that breach also caused the plaintiff's damage in law or whether it is too remote to warrant recovery.

[12] The remoteness inquiry asks whether "the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable" (Linden and Feldthusen, at p. 360). Since *The Wagon Mound (No. 1)*, the principle has been that "it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility" (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.), at p. 424).

[13] Much has been written on how probable or likely a harm needs to be in order to be considered reasonably foreseeable. The parties raise the question of whether a reasonably foreseeable harm is one whose occurrence is *probable* or merely *possible*. In my view, these terms are misleading. Any harm which has actually occurred is "possible"; it is therefore clear that possibility alone does not provide a meaningful standard for the application of reasonable foreseeability. The degree of probability that would satisfy the reasonable foreseeability requirement was described in *The Wagon Mound (No. 2)* as a "real risk", i.e. "one which would occur to the mind of a reasonable man in the position of the defendan[t] . . . and which he would not brush aside as far-fetched" (*Overseas Tankship (U.K.)*

4. Les dommages subis par le demandeur ont-ils été causés par le manquement de la défenderesse?

[11] La quatrième et dernière question à examiner dans une action pour négligence est celle de savoir si le manquement du défendeur a causé, en fait et en droit, le préjudice subi par le demandeur. La preuve dont disposait le juge de première instance établit que le manquement de la défenderesse à son obligation de diligence a causé, en fait, le préjudice psychiatrique subi par M. Mustapha. Nous ne sommes pas appelés à réexaminer cette question. Il reste donc à décider si ce manquement a aussi causé, en droit, les dommages subis par le demandeur ou si ces dommages sont trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation.

[12] Pour procéder à l'examen du caractère éloigné des dommages, il faut se demander si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (Linden et Feldthusen, p. 360). L'arrêt *The Wagon Mound (No. 1)* a établi le principe, suivi depuis, selon lequel [TRADUCTION] « le fait que le préjudice était prévisible par l'homme raisonnable est le seul critère de la responsabilité » (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.), p. 424).

[13] On a beaucoup écrit sur la mesure dans laquelle le préjudice doit être probable ou vraisemblable pour être considéré comme raisonnablement prévisible. Les parties soulèvent la question de savoir si un préjudice raisonnablement prévisible est un préjudice dont la survenance est *probable* ou simplement *possible*. À mon avis, ces termes sont trompeurs. Comme tout préjudice qui est véritablement survenu est « possible », il est évident que la simple possibilité qu'une chose se produise n'est pas une norme utile pour l'appréciation de la prévisibilité raisonnable. Le degré de probabilité propre à satisfaire à l'exigence de la prévisibilité raisonnable a été défini dans *The Wagon Mound (No. 2)* comme étant un [TRADUCTION] « risque réel », c'est-à-dire « un risque qui viendrait à l'esprit

*Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617 (P.C.), at p. 643).

[14] The remoteness inquiry depends not only upon the degree of probability required to meet the reasonable foreseeability requirement, but also upon whether or not the plaintiff is considered objectively or subjectively. One of the questions that arose in this case was whether, in judging whether the personal injury was foreseeable, one looks at a person of “ordinary fortitude” or at a particular plaintiff with his or her particular vulnerabilities. This question may be acute in claims for mental injury, since there is a wide variation in how particular people respond to particular stressors. The law has consistently held — albeit within the duty of care analysis — that the question is what a person of ordinary fortitude would suffer: see *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509 (H.L.); *Devji v. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Vanek*. As stated in *White*, at p. 1512: “The law expects reasonable fortitude and robustness of its citizens and will not impose liability for the exceptional frailty of certain individuals.”

[15] As the Court of Appeal found, at para. 49, the requirement that a mental injury would occur in a person of ordinary fortitude, set out in *Vanek*, at paras. 59-61, is inherent in the notion of foreseeability. This is true whether one considers foreseeability at the remoteness or at the duty of care stage. As stated in *Tame v. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35, per Gleeson C.J., this “is a way of expressing the idea that there are some people with such a degree of susceptibility to psychiatric injury that it is ordinarily unreasonable to require strangers to have in contemplation the possibility of harm to them, or to expect strangers to

d’une personne raisonnable placée dans la situation du défendeur [. . .] et que cette personne n’écarterait pas au motif qu’elle le juge invraisemblable » (*Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] A.C. 617 (C.P.), p. 643).

[14] L’analyse du caractère éloigné du préjudice dépend non seulement du degré de probabilité requis pour satisfaire à l’exigence de la prévisibilité raisonnable, mais également de la question de savoir si le demandeur est considéré d’un point de vue objectif ou subjectif. En l’espèce, il a notamment fallu se demander si, pour juger de la prévisibilité du préjudice personnel, il faut considérer la personne dotée d’une « résilience ordinaire » ou le demandeur concerné et ses vulnérabilités propres. Cette question peut être critique dans les poursuites pour préjudice psychologique, étant donné que les réactions individuelles face à des facteurs de stress particuliers peuvent varier considérablement d’une personne à l’autre. Il est de droit constant — dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence doit-on préciser — que la question à trancher est celle de savoir ce qu’aurait supporté une personne dotée d’une résilience ordinaire : voir *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1998] 3 W.L.R. 1509 (H.L.); *Devji c. Burnaby (District)* (1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599; *Vanek*. Aux termes de l’arrêt *White*, p. 1512, [TRADUCTION] « [o]n s’attend en droit à ce que les citoyens fassent preuve d’une résilience et d’une endurance raisonnables, de sorte qu’on ne conclura pas à la responsabilité civile dans des cas de vulnérabilité exceptionnelle de certains individus. »

[15] Ainsi qu’a conclu la Cour d’appel, au par. 49, le fait d’exiger la preuve qu’une personne dotée d’une résilience ordinaire subirait un préjudice psychologique — comme il est précisé dans *Vanek* aux par. 59 à 61 — constitue un aspect intrinsèque de la notion de prévisibilité. Ce principe vaut, et ce, que l’on considère la prévisibilité à l’étape de l’analyse du caractère éloigné du préjudice ou à celle de l’analyse de l’obligation de diligence. Comme l’a dit le juge en chef Gleeson dans *Tame c. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35, c’est là [TRADUCTION] « une façon d’exprimer l’idée que certaines personnes présentent une vulnérabilité



take care to avoid such harm” (para. 16). To put it another way, unusual or extreme reactions to events caused by negligence are imaginable but not reasonably foreseeable.

[16] To say this is not to marginalize or penalize those particularly vulnerable to mental injury. It is merely to confirm that the law of tort imposes an obligation to compensate for any harm done on the basis of *reasonable* foresight, not as insurance. The law of negligence seeks to impose a result that is fair to both plaintiffs and defendants, and that is socially useful. In this quest, it draws the line for compensability of damage, not at perfection, but at reasonable foreseeability. Once a plaintiff establishes the foreseeability that a mental injury would occur in a person of ordinary fortitude, by contrast, the defendant must take the plaintiff as it finds him for purposes of damages. As stated in *White*, at p. 1512, focusing on the person of ordinary fortitude for the purposes of determining foreseeability “is not to be confused with the ‘eggshell skull’ situation, where as a result of a breach of duty the damage inflicted proves to be more serious than expected”. Rather, it is a threshold test for establishing compensability of damage at law.

[17] I add this. In those cases where it is proved that the defendant had actual knowledge of the plaintiff’s particular sensibilities, the ordinary fortitude requirement need not be applied strictly. If the evidence demonstrates that the defendant knew that the plaintiff was of less than ordinary fortitude, the plaintiff’s injury may have been reasonably foreseeable to the defendant. In this case, however, there was no evidence to support a finding

telle aux dommages psychiatriques qu’il serait généralement déraisonnable de s’attendre à ce que des étrangers envisagent la possibilité que ces personnes subissent un préjudice, ou encore d’exiger que des étrangers prennent soin d’éviter un tel préjudice » (par. 16). En d’autres termes, des réactions inhabituelles ou extrêmes à des événements résultant de la négligence sont concevables, mais elles ne sont pas raisonnablement prévisibles.

[16] Énoncer cette règle ne revient pas à marginaliser ou à pénaliser ceux qui sont particulièrement vulnérables à un préjudice psychologique. Cela confirme simplement que le droit de la responsabilité délictuelle impose l’obligation d’indemniser le préjudice causé à autrui sur la base d’une prévisibilité *raisonnable*, et non pas comme une assurance. Le droit de la négligence cherche un résultat qui soit juste — tant pour les demandeurs que pour les défendeurs — et qui soit socialement utile. Dans cette quête, ce n’est pas la perfection mais la prévisibilité raisonnable qui sert pour juger du caractère indemnisable des dommages. Par contre, dès lors que le demandeur prouve qu’il était prévisible qu’une personne dotée d’une résilience ordinaire subisse un préjudice psychologique, le défendeur doit prendre le demandeur tel qu’il est pour ce qui est des dommages. Ainsi que l’a affirmé la Chambre des lords dans *White*, à la p. 1512, le fait de prendre en compte la personne dotée d’une résilience ordinaire pour statuer sur la question de la prévisibilité [TRADUCTION] « ne doit pas être confondu avec la notion de vulnérabilité latente de la victime à laquelle le manquement cause un dommage plus grave que prévu ». Il s’agit plutôt d’un critère préliminaire pour établir que les dommages sont indemnifiables en droit.

[17] J’ajouterais ceci. Dans les cas où il est prouvé que le défendeur est véritablement au courant d’une vulnérabilité particulière du demandeur, il n’est pas nécessaire d’appliquer strictement le critère de la résilience ordinaire. En effet, si la preuve établit que le défendeur savait que le demandeur avait une résilience inférieure à la résilience ordinaire, il est possible que le préjudice subi par le demandeur ait été raisonnablement prévisible pour le défendeur.

that Culligan knew of Mr. Mustapha's particular sensibilities.

[18] It follows that in order to show that the damage suffered is not too remote to be viewed as legally caused by Culligan's negligence, Mr. Mustapha must show that it was foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury from seeing the flies in the bottle of water he was about to install. This he failed to do. The only evidence was about his own reactions, which were described by the medical experts as "highly unusual" and "very individual" (C.A. judgment, at para. 52). There is no evidence that a person of ordinary fortitude would have suffered injury from seeing the flies in the bottle; indeed the expert witnesses were not asked this question. Instead of asking whether it was foreseeable that the defendant's conduct would have injured a person of ordinary fortitude, the trial judge applied a subjective standard, taking into account Mr. Mustapha's "previous history" and "particular circumstances" (para. 227), including a number of "cultural factors" such as his unusual concern over cleanliness, and the health and well-being of his family. This was an error. Mr. Mustapha having failed to establish that it was reasonably foreseeable that a person of ordinary fortitude would have suffered personal injury, it follows that his claim must fail.

##### 5. The Claim in Contract

[19] The plaintiff also brought a claim for damages arising out of breach of contract, although he appears not to have pursued it with vigour. This claim fails. With regards to Mr. Mustapha's psychiatric injury, there is no inconsistency in principle or in outcome between negligence law and contract law. Damages arising out of breach of contract are governed by the expectation of the parties at the time the contract was made (*Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at p. 151, applied

En l'espèce, toutefois, il n'existait aucun élément de preuve qui aurait permis de conclure que Culligan connaissait la vulnérabilité particulière de M. Mustapha.

[18] En conséquence, pour démontrer que le dommage n'est pas trop éloigné pour être considéré, en droit, comme ayant été causé par la négligence de Culligan, M. Mustapha doit établir qu'il était prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave en voyant les restes de mouches dans la bouteille d'eau qu'il s'appropriait à installer. Il ne l'a pas fait. La preuve portait seulement sur ses propres réactions, que les experts médicaux ont qualifié de [TRADUCTION] « hautement inhabituelles » et de « très individuelles » (arrêt de la C.A., par. 52). Rien dans la preuve n'indique qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire aurait subi un préjudice du fait de voir les mouches dans la bouteille; en fait, personne n'a posé cette question aux témoins experts. Au lieu de se demander s'il était prévisible que la conduite de la défenderesse cause des dommages à une personne dotée d'une résilience ordinaire, le juge de première instance a appliqué une norme subjective, prenant en compte les [TRADUCTION] « antécédents » et la « situation particulière » de M. Mustapha (par. 227), dont certains « facteurs culturels » comme son obsession pour la propreté ainsi que pour la santé et le bien-être de sa famille. C'était une erreur. Comme M. Mustapha n'a pas établi qu'il était raisonnablement prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subisse un préjudice personnel, sa demande doit être rejetée.

##### 5. Argument fondé sur le droit des contrats

[19] Le demandeur a également réclamé des dommages-intérêts pour cause de violation du contrat, quoiqu'il ne semble pas avoir plaidé cet argument très vigoureusement. Cet argument est rejeté. Pour ce qui est du préjudice psychiatrique subi par M. Mustapha, il n'y a aucune différence quant aux principes ou au résultat entre le droit de la négligence et le droit des contrats. La question des dommages-intérêts résultant de la violation d'un contrat est régie par les attentes qu'avaient

with respect to mental distress in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30), as distinguished from the time of the tort, in the case of tort. I have concluded that personal injury to Mr. Mustapha was not reasonably foreseeable by the defendant at the time of the alleged tort. The same evidence suggests that Mr. Mustapha's damage could not be reasonably supposed to have been within the contemplation of the parties when they entered into their agreement.

## 6. Conclusion

[20] For the reasons discussed, I conclude that the loss suffered by the plaintiff, Mr. Mustapha, was too remote to be reasonably foreseen and that consequently, he cannot recover damages from the defendant. I would dismiss the appeal with costs. In light of these findings, I find it unnecessary to deal with the cross-appeal, and dismiss it without costs.

*Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Pape Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: McCague Peacock Borlack McInnis & Lloyd, Toronto.*

les parties au moment de la conclusion du contrat (*Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, p. 151, appliqué en ce qui concerne la question des souffrances morales dans *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30), alors qu'elle s'apprécie au moment de la faute dans le cas d'un délit. J'ai conclu que le préjudice causé à la personne de M. Mustapha n'était pas raisonnablement prévisible par la défenderesse au moment du délit civil reproché. La même preuve tend à indiquer qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que les parties avaient envisagé le préjudice subi par M. Mustapha lorsqu'elles ont conclu leur contrat.

## 6. Conclusion

[20] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que la perte subie par le demandeur, M. Mustapha, était trop éloignée pour être raisonnablement prévisible et que, en conséquence, il n'a pas droit à des dommages-intérêts de la part de la défenderesse. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Vu ces conclusions, j'estime qu'il est inutile d'examiner le pourvoi incident et je suis d'avis de le rejeter sans dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Pape Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : McCague Peacock Borlack McInnis & Lloyd, Toronto.*

**Minister of Justice, Attorney General of Canada, Minister of Foreign Affairs, Director of the Canadian Security Intelligence Service and Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police** *Appellants*

v.

**Omar Ahmed Khadr** *Respondent*

and

**British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. KHADR**

**Neutral citation: 2008 SCC 28.**

File No.: 32147.

2008: March 26; 2008: May 23.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Fundamental justice — Duty to disclose — Canadian officials interviewing detainee in Guantanamo Bay and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether principles of international law and comity of nations precluded application of Charter — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's binding obligations under international law — If so, whether detainee entitled to disclosure of records of interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting interviews — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

**Ministre de la Justice, procureur général du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et commissaire de la Gendarmerie royale du Canada** *Appelants*

c.

**Omar Ahmed Khadr** *Intimé*

et

**Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. KHADR**

**Référence neutre : 2008 CSC 28.**

N° du greffe : 32147.

2008 : 26 mars; 2008 : 23 mai.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Justice fondamentale — Obligation de communiquer — Responsables canadiens ayant interrogé un détenu à Guantanamo puis partagé le résultat obtenu avec les autorités américaines — Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations faisaient-ils obstacle à l'application de la Charte? — La procédure alors en cours à Guantanamo était-elle contraire aux obligations internationales du Canada? — Dans l'affirmative, le détenu a-t-il droit à la communication des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Evidence — Fresh evidence — Admissibility — Fresh evidence admissible to clarify record — No unfairness to other parties in admitting evidence.*

K, a Canadian, has been detained by U.S. Forces since 2002 at Guantanamo Bay, Cuba, where he is currently facing murder and other terrorism-related charges. He was taken prisoner in Afghanistan when he was 15 years old. In 2003, Canadian officials, including agents of the Canadian Security Intelligence Service, questioned K at Guantanamo Bay with respect to matters connected to the charges he is now facing, and shared the product of these interviews with U.S. authorities. After formal charges were laid against him, K, invoking *Stinchcombe*, sought disclosure in Canada of all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including the records of the interviews. The Federal Court refused the request, but the Federal Court of Appeal set aside the decision and ordered that unredacted copies of all relevant documents in the possession of the Crown be produced before the Federal Court for review under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

*Held:* The appeal should be dismissed. The Federal Court of Appeal's order should be varied as it relates to the scope of disclosure to which K is entitled as a remedy under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

K is entitled to disclosure from the appellants of the records of the interviews, and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews. The principles of international law and comity of nations, which normally require that Canadian officials operating abroad comply with local law and which might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad, do not extend to participation in processes that violate Canada's binding international human rights obligations. The process in place at Guantanamo Bay at the time Canadian officials interviewed K and passed on the fruits of the interviews to U.S. officials has been found by the U.S. Supreme Court, with the benefit of a full factual record, to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada subscribes. The comity concerns that would normally justify deference to foreign law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies. [2-3] [21] [25-26]

With K's present and future liberty at stake, Canada is bound by the principles of fundamental justice

*Preuve — Nouvelle preuve — Admissibilité — Éléments de preuve nouveaux admissibles pour clarifier certains points du dossier — Aucun préjudice infligé aux autres parties par l'admission de la preuve nouvelle.*

Citoyen canadien, K est détenu depuis 2002 par les forces armées américaines à Guantanamo (Cuba), où il est actuellement accusé de meurtre et d'autres actes liés au terrorisme. Il a été fait prisonnier en Afghanistan à l'âge de 15 ans. En 2003, des responsables canadiens, y compris des agents du Service canadien du renseignement de sécurité, l'ont interrogé à Guantanamo sur des sujets liés aux accusations qui pèsent aujourd'hui contre lui et ils ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines. Après que des accusations formelles eurent été portées contre lui, K a invoqué l'arrêt *Stinchcombe* pour obtenir la communication au Canada de tous les documents intéressant ces accusations que possédait l'État canadien, dont les documents relatifs aux entretiens. La Cour fédérale a rejeté sa demande, mais la Cour d'appel fédérale a annulé la décision et ordonné que des copies non expurgées de tous les documents pertinents en la possession de l'État soient remises à la Cour fédérale en vue d'un examen suivant les art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est modifiée quant à la portée de la communication à laquelle a droit K à titre de réparation fondée sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

K a droit à la communication par les appelants des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens. Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations, qui exigent normalement d'un représentant du Canada en mission à l'étranger qu'il accepte les lois de l'État d'accueil et qui, dans d'autres circonstances, peuvent le soustraire à l'application de la *Charte*, ne valent pas lorsqu'il participe à une procédure contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. La procédure en cours à Guantanamo lorsque les responsables canadiens ont interrogé K puis relayé l'information aux autorités américaines a été jugée par la Cour suprême des États-Unis, à partir d'un dossier factuel complet, contraire au droit interne états-unien et à des conventions internationales sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Le souci de courtoisie qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique pas en l'espèce. Il y a donc assujettissement à la *Charte*. [2-3] [21] [25-26]

La liberté actuelle et future de K étant en jeu, le Canada est tenu d'observer les principes de justice fondamentale,

and is under a duty of disclosure pursuant to s. 7 of the *Charter*. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated its international human rights obligations. [3] [29-31]

In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to K records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity. Since unredacted copies of all documents, records and other materials in the appellants' possession which might be relevant to the charges against K have already been produced to a designated judge of the Federal Court, the judge will now review the material, receive submissions from the parties and decide which documents fall within the scope of the disclosure obligation. [3] [39-40]

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505, 2005 FC 1076; *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

#### Statutes and Regulations Cited

10 U.S.C. § 836.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3.

#### Treaties and Other International Instruments

*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 75 U.N.T.S. 31, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 25.  
*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 75 U.N.T.S. 85, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 55.  
*Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 75 U.N.T.S. 287, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 163.  
*Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 75 U.N.T.S. 135, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 84.

et l'art. 7 de la *Charte* lui impose une obligation de communication, dont la teneur est déterminée par la nature de la participation canadienne à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. [3] [29-31]

Vu les faits de l'espèce, le Canada est tenu de communiquer à K les documents relatifs aux entretiens que les responsables canadiens ont eus avec lui, ainsi que tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens, sous réserve de la revendication d'un privilège ou d'une exception d'intérêt public. Étant donné que des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en possession des appelants et susceptibles d'intéresser les accusations portées contre K lui ont déjà été remises, le juge désigné de la Cour fédérale, après examen des documents et audition des parties, décidera de ceux qui devront être communiqués. [3] [39-40]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505, 2005 CF 1076; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

#### Lois et règlements cités

10 U.S.C. § 836.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38, 38.06.  
*Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3.

#### Traités et autres instruments internationaux

*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 75 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 55.  
*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 75 R.T.N.U. 31, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 25.  
*Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 75 R.T.N.U. 287, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 163.  
*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 75 R.T.N.U. 135, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 84.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Létourneau and Ryer JJ.A.), [2008] 1 F.C.R. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 362 N.R. 378, 220 C.C.C. (3d) 20, 47 C.R. (6th) 399, 156 C.R.R. (2d) 220, [2007] F.C.J. No. 672 (QL), 2007 CarswellNat 1132, 2007 FCA 182, amended June 19, 2007, reversing a decision of von Finckenstein J. (2006), 290 F.T.R. 313, [2006] F.C.J. No. 640 (QL), 2006 CarswellNat 1090, 2006 FC 509. Appeal dismissed.

*Robert J. Frater, Sharlene Telles-Langdon and Doreen Mueller*, for the appellants.

*Nathan J. Whiting and Dennis Edney*, for the respondent.

*Joseph J. Arvay, Q.C., Sujit Choudhry and Paul Champ*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*John Norris and Brydie C. M. Bethell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Audrey Macklin, Tom A. Friedland and Gerald Chan*, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — This appeal raises the issue of the relationship between Canada's domestic and international human rights commitments. Omar Khadr currently faces prosecution on murder and other charges before a U.S. Military Commission in Guantanamo Bay, Cuba. Mr. Khadr asks for an order under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that the appellants be required to disclose to him all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including interviews conducted by Canadian officials with him in 2003 at Guantanamo Bay. The Minister of Justice opposes the request, arguing that the *Charter* does not apply outside Canada and hence did not govern the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Létourneau et Ryer), [2008] 1 R.C.F. 270, 280 D.L.R. (4th) 469, 362 N.R. 378, 220 C.C.C. (3d) 20, 47 C.R. (6th) 399, 156 C.R.R. (2d) 220, [2007] A.C.F. n° 672 (QL), 2007 CarswellNat 3452, 2007 CAF 182, modifié le 19 juin 2007, qui a infirmé une décision du juge von Finckenstein (2006), 290 F.T.R. 313, [2006] A.C.F. n° 640 (QL), 2006 CarswellNat 4470, 2006 CF 509. Pourvoi rejeté.

*Robert J. Frater, Sharlene Telles-Langdon et Doreen Mueller*, pour les appelants.

*Nathan J. Whiting et Dennis Edney*, pour l'intimé.

*Joseph J. Arvay, c.r., Sujit Choudhry et Paul Champ*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*John Norris et Brydie C. M. Bethell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Audrey Macklin, Tom A. Friedland et Gerald Chan*, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre les obligations nationales et internationales du Canada en matière de droits de la personne. Omar Khadr est actuellement accusé de meurtre et d'autres crimes devant une commission militaire des États-Unis à Guantanamo (Cuba). Sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il demande une ordonnance enjoignant aux appelants de lui communiquer tous les documents qui intéressent ces accusations et qui sont en la possession de l'État canadien, notamment les entretiens que des responsables canadiens ont eus avec lui en 2003 à Guantanamo. Le ministre de la Justice s'oppose à la demande, soutenant que la *Charte* ne s'applique pas à l'étranger et que, de ce fait, elle ne régissait pas les actes des responsables canadiens à Guantanamo.

[2] We conclude that Mr. Khadr is entitled to disclosure from the appellants of the records of the interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews. The principles of international law and comity of nations, which normally require that Canadian officials operating abroad comply with local law, do not extend to participation in processes that violate Canada's international human rights obligations.

[3] The process in place at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and passed the fruits of the interviews on to U.S. officials has been found by the United States Supreme Court to violate U.S. domestic law and international human rights obligations to which Canada is party. In light of these decisions by the United States Supreme Court that the process at Guantanamo Bay did not comply with either U.S. domestic or international law, the comity concerns that would normally justify deference to foreign law do not apply in this case. Consequently, the *Charter* applies, and Canada is under a s. 7 duty of disclosure. The content of this duty is defined by the nature of Canada's participation in the process that violated Canada's international human rights obligations. In the present circumstances, this duty requires Canada to disclose to Mr. Khadr records of the interviews conducted by Canadian officials with him, and information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews, subject to claims for privilege and public interest immunity.

[4] We thus uphold the Federal Court of Appeal's conclusion that Mr. Khadr is entitled to a remedy under s. 7 of the *Charter*. However, because we reach this conclusion on different grounds than those relied on by the Court of Appeal, we vary the Court of Appeal's order as it relates to the scope of disclosure to which Mr. Khadr is entitled as remedy. Like the Court of Appeal, we make this order subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

[2] Nous concluons que M. Khadr a droit à la communication par les appelants des documents relatifs aux entretiens et de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens. Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations, qui exigent normalement qu'un représentant du Canada en mission à l'étranger accepte les lois de l'État d'accueil, ne valent pas lorsqu'il s'agit de participer à une procédure contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

[3] La procédure en cours à Guantanamo au moment où les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis transmis l'information recueillie aux autorités américaines a été jugée par la Cour suprême des États-Unis contraire au droit interne états-unien et à des conventions internationales sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. Au vu de cette conclusion, la courtoisie, qui commanderait normalement la déférence vis-à-vis du droit étranger, ne s'applique pas en l'espèce. La *Charte* s'applique donc, et son art. 7 impose au Canada une obligation de communication. La teneur de cette obligation est déterminée par la nature de la participation canadienne à une procédure attentatoire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Ainsi, dans la présente affaire, le Canada est tenu de communiquer à M. Khadr les documents relatifs aux entretiens et tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement de ces entretiens, sous réserve de la revendication d'un privilège ou d'une exception d'intérêt public.

[4] Nous confirmons donc la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle M. Khadr a droit à une réparation suivant l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, comme nos motifs diffèrent, nous modifions l'ordonnance rendue quant à l'étendue de la communication à laquelle a droit M. Khadr à titre de réparation. Comme celle de la Cour d'appel fédérale, notre ordonnance est rendue sous réserve de la prise en compte de l'intérêt national et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.



### 1. Factual Background

[5] Omar Khadr is a Canadian citizen who has been detained by U.S. forces at Guantanamo Bay, Cuba, for almost six years. Mr. Khadr was taken prisoner on July 27, 2002 in Afghanistan, as part of military action taken against Taliban and Al Qaeda forces after the September 11, 2001 attacks in New York City and Washington. He was 15 years old at the time. The United States alleges that near the end of the battle at which he was taken prisoner, Mr. Khadr threw a grenade which killed an American soldier. The United States also alleges that Mr. Khadr conspired with members of Al Qaeda to commit acts of murder and terrorism against U.S. and coalition forces. Mr. Khadr is currently facing charges relating to these allegations, which are being tried by a U.S. Military Commission at Guantanamo Bay.

[6] The Guantanamo Bay detention camp was established by Presidential Military Order in 2001 (66 FR 57833) for the detention and prosecution of non-U.S. citizens believed to be members of Al Qaeda or otherwise involved in international terrorism. The Order conferred exclusive jurisdiction upon military commissions for the trial of “any and all offences triable by military commission”, and stipulated pursuant to 10 U.S.C. § 836 that applying normal rules of criminal procedure to such trials “is not practicable”. The Order further provided that an individual subject to the order “shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding . . . or to have any such remedy or proceeding sought on the individual’s behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal”. Subsequent orders purported to remove protections of the *Geneva Conventions* of 1949 (75 U.N.T.S. 31, 85, 135 and 287) and established procedural rules for the military commissions that departed from normal rules of criminal procedure as to the type of evidence that may be admitted, the right to counsel and disclosure of the case to meet, and judicial independence.

### 1. Le contexte factuel

[5] Omar Khadr est un citoyen canadien détenu par les forces armées des États-Unis à Guantanamo (Cuba) depuis presque six ans. Il a été fait prisonnier le 27 juillet 2002 en Afghanistan lors d’une opération militaire menée contre les talibans et les forces d’Al-Qaïda dans la foulée des attentats perpétrés le 11 septembre 2001 à New York et à Washington. Il avait alors 15 ans. Les États-Unis soutiennent que vers la fin du combat au cours duquel il a été fait prisonnier, M. Khadr a lancé une grenade qui a causé la mort d’un militaire américain. Ils lui reprochent en outre d’avoir comploté avec des membres d’Al-Qaïda en vue de la perpétration d’actes meurtriers et d’actes terroristes contre les forces américaines et celles de la coalition. En liaison avec ces allégations, M. Khadr fait actuellement l’objet d’accusations devant une commission militaire des États-Unis à Guantanamo.

[6] Le camp de détention de Guantanamo a été établi par décret militaire présidentiel en 2001 (66 FR 57833) pour la détention et la poursuite de citoyens non américains soupçonnés d’appartenir à Al-Qaïda ou de se livrer par ailleurs au terrorisme international. Le décret confère à des commissions militaires le pouvoir exclusif d’instruire des procès pour [TRADUCTION] « toute infraction relevant d’une commission militaire » et précise, conformément au code uniforme de justice militaire (10 U.S.C. § 836), qu’il [TRADUCTION] « n’est pas possible », lors de ces procès, d’appliquer les règles de procédure pénale habituelles. Il prévoit en outre que l’individu qui y est assujéti [TRADUCTION] « ne peut ni directement ni par l’entremise d’un tiers demander une réparation ou engager une procédure en saisissant (i) une cour de justice des États-Unis ou d’un État américain, (ii) une cour de justice d’un pays étranger ou (iii) un tribunal international ». Des décrets subséquents ont eu pour objet de supprimer les garanties des *Conventions de Genève* de 1949 (75 R.T.N.U. 31, 85, 135 et 287) et ont établi des règles de procédure différentes de celles qui s’appliquent normalement en matière pénale quant au type de preuve recevable devant une commission militaire, au droit d’obtenir l’assistance d’un avocat et la communication de la preuve du poursuivant, ainsi qu’à l’indépendance judiciaire.

[7] On several occasions, including in February and September of 2003, Canadian officials, including agents of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), attended at Guantanamo Bay and interviewed Mr. Khadr for intelligence and law enforcement purposes. The CSIS agents questioned Mr. Khadr with respect to matters connected to the charges he is now facing, and shared the product of these interviews with U.S. authorities.

[8] After formal charges were laid against Mr. Khadr in November 2005, he sought disclosure of all documents relevant to these charges in the possession of the Canadian Crown, including the records of the interviews, invoking *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The appellants formally refused Mr. Khadr's request in January 2006. Mr. Khadr then applied for an order of mandamus in the Federal Court, which was dismissed, *per* von Finckenstein J. ((2006), 290 F.T.R. 313, 2006 FC 509). The Federal Court of Appeal allowed Mr. Khadr's appeal ([2008] 1 F.C.R. 270, 2007 FCA 182), and ordered that unredacted copies of all relevant documents in the possession of the Crown be produced before the Federal Court for review under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*. The Minister of Justice now appeals to this Court, asking that the order of the Federal Court of Appeal be set aside.

## 2. The Fresh Evidence Applications

[9] Mr. Khadr has filed two applications to admit fresh evidence before this Court. We deal with the applications to admit fresh evidence at the outset.

[10] The first application concerns primarily evidence that is part of a related proceeding brought by Mr. Khadr in the Federal Court (file T-536-04), in which Mr. Khadr is seeking a remedy for alleged violations of his *Charter* rights at Guantanamo Bay. This evidence relates primarily to the general situation at Guantanamo Bay, Mr. Khadr's particular

[7] À plusieurs occasions, notamment en février et en septembre 2003, des responsables canadiens, y compris des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »), se sont rendus à Guantanamo et y ont interrogé M. Khadr à des fins de renseignement et d'application de la loi. Les agents du SCRS ont interrogé M. Khadr sur des sujets liés aux accusations qui pèsent aujourd'hui contre lui et ils ont relayé l'information aux autorités américaines.

[8] Après que des accusations formelles eurent été portées contre lui en novembre 2005, M. Khadr a demandé, sur le fondement de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, la communication de tous les documents intéressant ces accusations et se trouvant en la possession de l'État canadien, notamment les documents relatifs aux entretiens. En janvier 2006, les appelants se sont formellement opposés à la demande. M. Khadr a alors saisi la Cour fédérale d'une demande de *mandamus*, que le juge von Finckenstein a rejetée ([2006] A.C.F. n° 640 (QL), 2006 CF 509). La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de M. Khadr ([2008] 1 R.C.F. 270, 2007 CAF 182) et ordonné la remise à la Cour fédérale de copies non expurgées de tous les documents pertinents se trouvant en la possession de l'État canadien en vue d'un examen suivant les art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le ministre de la Justice se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour et demande l'annulation de l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale.

## 2. Les demandes d'autorisation de présenter des éléments de preuve nouveaux

[9] M. Khadr a saisi notre Cour de deux demandes d'autorisation de présenter des éléments de preuve nouveaux, et nous les examinons d'entrée de jeu.

[10] La première vise essentiellement des éléments de preuve présentés dans le cadre d'une instance connexe dont M. Khadr a saisi la Cour fédérale (dossier T-536-04) afin d'obtenir une réparation pour des atteintes aux droits que lui garantit la *Charte* qui seraient survenues à Guantanamo. Ces éléments de preuve portent principalement sur la

circumstances, and Canadian participation in interviewing Mr. Khadr at Guantanamo Bay. It includes affidavits filed as part of that proceeding from Canadian officials at CSIS and the Department of Foreign Affairs and International Trade, and from Muneer Ahmad, who was counsel for Mr. Khadr in *habeas corpus* proceedings taking place in the United States. The record includes the exhibits that were attached to these affidavits.

[11] Also included in the first application is an affidavit from Lt. Cdr. William Kuebler, Mr. Khadr's defence counsel in the military commission proceedings, updating the Court on developments in relevant U.S. law.

[12] The second application relates to an additional affidavit from Lt. Cdr. Kuebler, as well as exhibits filed under seal with the consent of the U.S. Deputy Assistant Secretary of Defense for Detainee Affairs.

[13] The appellants' primary argument against admitting the fresh evidence is that the evidence from the related proceeding was filed as part of an interlocutory motion in which the appellants chose not to lead certain evidence in response: *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505, 2005 FC 1076. The appellants maintain that the nature of the evidence they led was tailored to the specific context of that motion and that this evidence should not be imported into the different context of this proceeding. Furthermore, the T-536-04 proceeding has not yet gone to trial, and so the appellants have not yet had an opportunity to present a complete evidentiary record. The appellants argue that it would be unfair to admit the fresh evidence, because, the appellants allege, they were not given an adequate opportunity to respond to it.

[14] We find that the fresh evidence is admissible. The fresh evidence amplifies and significantly clarifies the record as it relates to Canadian officials' interviews with Mr. Khadr and Canada's participation in handing over the products of these interviews to U.S. authorities. As the basic facts are not

situation générale à Guantanamo, la situation particulière de M. Khadr et son interrogatoire par des Canadiens à Guantanamo. Il s'agit notamment d'affidavits déposés dans le cadre de cette instance par des responsables canadiens du SCRS et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, et par M. Muneer Ahmad, l'avocat de M. Khadr dans le cadre du recours en *habeas corpus* intenté aux États-Unis. Le dossier renferme les pièces jointes à ces affidavits.

[11] Est également visé par la première demande l'affidavit de l'avocat qui défend M. Khadr devant la commission militaire, le lieutenant-commandant William Kuebler, qui fait le point sur l'évolution du droit américain applicable.

[12] La deuxième demande vise un autre affidavit du lieutenant-commandant Kuebler, de même que des pièces déposées sous scellés avec le consentement du sous-secrétaire d'État adjoint à la Défense des États-Unis chargé des questions relatives aux détenus.

[13] Les appelants s'opposent à l'admission des éléments de preuve nouveaux principalement parce qu'ils ont été déposés pour les besoins d'une instance interlocutoire dans le cadre de laquelle ils se sont abstenus de présenter certains éléments de preuve : *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505, 2005 CF 1076. Ils soutiennent que la preuve convenait intrinsèquement au contexte particulier de la requête et qu'elle ne devrait pas être introduite dans un autre contexte, à savoir celui de la présente instance. En outre, l'instruction n'ayant pas encore débuté dans le dossier T-536-04, ils n'ont pas eu la possibilité de présenter une preuve complète. Ils font valoir qu'il serait injuste d'admettre la preuve nouvelle parce qu'ils n'ont pas eu la possibilité réelle d'y répondre.

[14] Nous concluons que la preuve nouvelle est admissible. Elle clarifie certains points du dossier concernant les entretiens que les responsables canadiens ont eus avec M. Khadr et la participation canadienne ayant consisté à transmettre le fruit de ces entretiens aux autorités américaines. Les faits

contested, the appellants are not disadvantaged by the admission of the material.

### 3. The Application for Disclosure

#### (i) *Does the Charter Apply?*

[15] As discussed, CSIS, a Canadian government organization, interviewed Mr. Khadr at his prison in Guantanamo Bay and shared the contents of these interviews with U.S. authorities. Mr. Khadr seeks an order that the appellants be required to disclose to him all documents in the possession of the Canadian Crown relevant to the charges he is facing, for the purpose of his defence.

[16] Had the interviews and process been in Canada, Mr. Khadr would have been entitled to full disclosure under the principles in *Stinchcombe*, which held that persons whose liberty is at risk as a result of being charged with a criminal offence are entitled to disclosure of the information in the hands of the Crown under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal applied *Stinchcombe* to Mr. Khadr's situation and ordered disclosure.

[17] The government argues that this constituted an error, because the *Charter* does not apply to the conduct of Canadian agents operating outside Canada. It relies on *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26, where a majority of this Court held that Canadian agents participating in an investigation into money laundering in the Caribbean were not bound by *Charter* constraints in the manner in which the investigation was conducted. This conclusion was based on international law principles against extraterritorial enforcement of domestic laws and the principle of comity which implies acceptance of foreign laws and procedures when Canadian officials are operating abroad.

principaux ne sont pas contestés, de sorte que l'admission des éléments n'inflige aucun préjudice aux appelants.

### 3. La demande de communication

#### (i) *La Charte s'applique-t-elle?*

[15] Rappelons que des agents du SCRS, un organisme de l'appareil gouvernemental canadien, ont interrogé M. Khadr à la prison de Guantanamo, puis communiqué aux autorités américaines le résultat des entretiens. M. Khadr demande qu'il soit ordonné aux appelants de lui communiquer tous les documents qui intéressent les accusations portées contre lui et qui sont en la possession de l'État canadien, afin qu'il puisse présenter une défense.

[16] Si les entretiens et la procédure s'étaient déroulés au Canada, M. Khadr aurait eu droit à une communication complète suivant les principes dégagés dans l'arrêt *Stinchcombe*. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que la personne dont la liberté est mise en jeu par une accusation criminelle peut, sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*, obtenir la communication des renseignements se trouvant en la possession du ministère public. La Cour d'appel fédérale a appliqué l'arrêt *Stinchcombe* à la situation de M. Khadr et fait droit à la demande de communication.

[17] L'État canadien soutient que la Cour d'appel fédérale a eu tort d'ordonner la communication, car la *Charte* ne s'applique pas aux actes de ses représentants en mission à l'étranger. Il invoque à l'appui l'arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26, dans lequel les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que des policiers canadiens ayant participé à une enquête dans les Caraïbes relativement à une affaire de blanchiment d'argent n'étaient pas assujettis à la *Charte* quant au déroulement de l'enquête. Leur conclusion se fondait sur des principes du droit international écartant l'application extraterritoriale des lois internes et sur le principe de courtoisie selon lequel un responsable canadien en mission à l'étranger se plie aux règles de droit et de procédure étrangères.

[18] In *Hape*, however, the Court stated an important exception to the principle of comity. While not unanimous on all the principles governing extra-territorial application of the *Charter*, the Court was united on the principle that comity cannot be used to justify Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations. It was held that the deference required by the principle of comity "ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin" (*Hape*, at para. 52, *per* LeBel J.; see also paras. 51 and 101). The Court further held that in interpreting the scope and application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law (para. 56, *per* LeBel J.).

[19] If the Guantanamo Bay process under which Mr. Khadr was being held was in conformity with Canada's international obligations, the *Charter* has no application and Mr. Khadr's application for disclosure cannot succeed: *Hape*. However, if Canada was participating in a process that was violative of Canada's binding obligations under international law, the *Charter* applies to the extent of that participation.

[20] At this point, the question becomes whether the process at Guantanamo Bay at the time that CSIS handed the products of its interviews over to U.S. officials was a process that violated Canada's binding obligations under international law.

[21] Issues may arise about whether it is appropriate for a Canadian court to pronounce on the legality of the process at Guantanamo Bay under which Mr. Khadr was held at the time that Canadian officials participated in that process. We need not resolve those issues in this case. The United States Supreme Court has considered the legality of the conditions under which the Guantanamo detainees were detained and liable to prosecution during the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the information to U.S. authorities, between 2002 and 2004. With the benefit of a full factual record, the United States Supreme Court held that the detainees had illegally been denied access to

[18] Or, dans l'arrêt *Hape*, notre Cour a établi une exception importante au principe de la courtoisie. Bien que les juges n'aient pas tous convenu des principes régissant l'application extraterritoriale de la *Charte*, ils ont estimé à l'unanimité que la courtoisie ne pouvait justifier la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants qui vont à l'encontre des obligations internationales du Canada. Ainsi, le respect que commande la courtoisie « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*Hape*, par. 52, le juge LeBel; voir aussi par. 51 et 101). Notre Cour a ajouté que le tribunal appelé à déterminer la portée de la *Charte* et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international (par. 56, le juge LeBel).

[19] Si M. Khadr est détenu à Guantanamo en application d'une procédure conforme aux obligations internationales du Canada, la *Charte* ne s'applique pas et sa demande de communication ne peut être accueillie : *Hape*. Cependant, si le Canada a participé à une procédure contraire à ses obligations en droit international, la *Charte* s'applique dans la mesure de cette participation.

[20] Dès lors, la question est de savoir si la procédure en cours à Guantanamo lorsque le SCRS a transmis le résultat de ses entretiens aux autorités américaines contrevenait aux obligations du Canada en droit international.

[21] On peut se demander si un tribunal canadien devrait se prononcer sur la légalité de la procédure en vertu de laquelle M. Khadr était détenu à Guantanamo au moment de la participation canadienne. Or, nous n'avons pas à trancher la question en l'espèce. La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur la légalité des conditions de détention et de mise en accusation qui avaient cours à Guantanamo lorsque les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr puis relayé l'information aux autorités américaines, entre 2002 et 2004. Disposant d'un dossier factuel complet, elle a statué que les détenus avaient été illégalement privés du recours à l'*habeas corpus* et que la procédure en

*habeas corpus* and that the procedures under which they were to be prosecuted violated the *Geneva Conventions*. Those holdings are based on principles consistent with the *Charter* and Canada's international law obligations. In the present appeal, this is sufficient to establish violations of these international law obligations, to which Canada subscribes.

[22] In *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), the United States Supreme Court held that detainees at Guantanamo Bay who, like Mr. Khadr, were not U.S. citizens, could challenge the legality of their detention by way of the statutory right of *habeas corpus* provided for in 28 U.S.C. § 2241. This holding necessarily implies that the order under which the detainees had previously been denied the right to challenge their detention was illegal. In his concurring reasons, Kennedy J. noted that “the detainees at Guantanamo Bay are being held indefinitely, and without benefit of any legal proceeding to determine their status” (pp. 487-88). Mr. Khadr was detained at Guantanamo Bay during the time covered by the *Rasul* decision, and Canadian officials interviewed him and passed on information to U.S. authorities during that time.

[23] At the time he was interviewed by CSIS officials, Mr. Khadr also faced the possibility of trial by military commission pursuant to Military Commission Order No. 1. In *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), the United States Supreme Court considered the legality of this Order. The court held that by significantly departing from established military justice procedure without a showing of military exigency, the procedural rules for military commissions violated both the Uniform Code of Military Justice (10 U.S.C. § 836) and Common Article 3 of the *Geneva Conventions*. Different members of the majority of the United States Supreme Court focused on different deviations from the *Geneva Conventions* and the Uniform Code of Military Justice. But the majority was unanimous in holding that, in the circumstances, the deviations were sufficiently significant to deprive the military commissions of the status of “a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as

vertu de laquelle ils étaient poursuivis contrevenait aux *Conventions de Genève*. Ces conclusions se fondent sur des principes compatibles avec la *Charte* et les obligations du Canada en droit international, ce qui permet en l'espèce d'établir le manquement à ces dernières obligations.

[22] Dans l'arrêt *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), la Cour suprême des États-Unis a conclu que les détenus de Guantanamo qui, comme M. Khadr, n'étaient pas citoyens américains, pouvaient contester la légalité de leur détention en exerçant le recours en *habeas corpus* que leur conférait la loi (28 U.S.C. § 2241). Partant, le décret qui avait fait obstacle à la contestation de la détention était illégal. Dans ses motifs concordants, le juge Kennedy a relevé que [TRADUCTION] « les personnes sont détenues pour une période indéterminée et aucune procédure n'est engagée en vue de la détermination de leur statut » (p. 487-488). M. Khadr était détenu à Guantanamo au cours de la période visée par l'arrêt *Rasul* et, pendant la même période, des responsables canadiens l'ont interrogé, puis ont relayé l'information aux autorités américaines.

[23] Au moment où il a été interrogé par les agents du SCRS, M. Khadr risquait également un procès devant une commission militaire suivant le décret n° 1 sur les commissions militaires. Dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), la Cour suprême des États-Unis a examiné la légalité de ce décret. Elle a conclu que parce qu'elles tranchaient avec la procédure judiciaire militaire établie et que l'existence d'une urgence militaire n'avait pas été démontrée, les règles de procédure des commissions militaires contrevenaient au code uniforme de justice militaire (*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C § 836) et à l'art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*. Les différents juges majoritaires se sont attachés à des entorses différentes au code et aux *Conventions de Genève*, mais tous ont convenu que, dans les circonstances, les écarts étaient suffisamment importants pour qu'une commission militaire ne soit plus « un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme

indispensable by civilized peoples”, as required by Common Article 3 of the *Geneva Conventions*.

[24] The violations of human rights identified by the United States Supreme Court are sufficient to permit us to conclude that the regime providing for the detention and trial of Mr. Khadr at the time of the CSIS interviews constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law.

[25] Canada is a signatory of the four *Geneva Conventions* of 1949, which it ratified in 1965 (Can. T.S. 1965 No. 20) and has incorporated into Canadian law with the *Geneva Conventions Act*, R.S.C. 1985, c. G-3. The right to challenge the legality of detention by *habeas corpus* is a fundamental right protected both by the *Charter* and by international treaties. It follows that participation in the Guantanamo Bay process which violates these international instruments would be contrary to Canada’s binding international obligations.

[26] We conclude that the principles of international law and comity that might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad do not apply to the assistance they gave to U.S. authorities at Guantanamo Bay. Given the holdings of the United States Supreme Court, the *Hape* comity concerns that would ordinarily justify deference to foreign law have no application here. The effect of the United States Supreme Court’s holdings is that the conditions under which Mr. Khadr was held and was liable for prosecution were illegal under both U.S. and international law at the time Canadian officials interviewed Mr. Khadr and gave the information to U.S. authorities. Hence no question of deference to foreign law arises. The *Charter* bound Canada to the extent that the conduct of Canadian officials involved it in a process that violated Canada’s international obligations.

indispensables par les peuples civilisés » au sens de l’art. 3 des dispositions générales des *Conventions de Genève*.

[24] Les violations des droits de la personne relevées par la Cour suprême des États-Unis sont de nature à nous permettre de conclure que les règles relatives à la détention et à la tenue d’un procès qui s’appliquaient à M. Khadr lorsque le SCRS l’a interrogé constituaient une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international.

[25] Le Canada est signataire des quatre *Conventions de Genève* de 1949, qu’il a ratifiées en 1965 (R.T. Can. 1965 n° 20) et intégrées à sa législation par la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, ch. G-3. Le droit de contester la légalité d’une détention par voie d’*habeas corpus* est un droit fondamental garanti à la fois par la *Charte* et par des traités internationaux. La participation du Canada à la procédure engagée à Guantanamo, qui viole ces instruments internationaux, contrevient donc à ses obligations internationales.

[26] Nous concluons que les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d’autres circonstances, pourraient soustraire à l’application de la *Charte* les actes des responsables canadiens en mission à l’étranger ne s’appliquent pas à l’assistance fournie en l’espèce aux autorités américaines à Guantanamo. Vu les conclusions de la Cour suprême des États-Unis, le souci de courtoisie manifesté dans l’arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s’applique aucunement en l’espèce. La Cour suprême des États-Unis a statué que les conditions de détention et de mise en accusation de M. Khadr étaient illégales tant en droit américain qu’en droit international lorsque les responsables canadiens l’ont interrogé puis ont relayé l’information aux autorités américaines. Par conséquent, la question du respect de la loi étrangère ne se pose pas. La *Charte* s’appliquait dans la mesure où les actes des responsables canadiens ont emporté la participation du Canada à une procédure qui contrevenait à ses obligations internationales.

(ii) *Participation in the Process*

[27] By making the product of its interviews of Mr. Khadr available to U.S. authorities, Canada participated in a process that was contrary to Canada's international human rights obligations. Merely conducting interviews with a Canadian citizen held abroad under a violative process may not constitute participation in that process. Indeed, it may often be essential that Canadian officials interview citizens being held by violative regimes to provide assistance to them. Nor is it necessary to conclude that handing over the fruits of the interviews in this case to U.S. officials constituted a breach of Mr. Khadr's s. 7 rights. It suffices to note that at the time Canada handed over the fruits of the interviews to U.S. officials, it was bound by the *Charter*, because at that point it became a participant in a process that violated Canada's international obligations.

(iii) *Implications of Participation in the Process*

[28] Having concluded that the *Charter* applied to Canadian officials when they participated in the Guantanamo Bay process by handing over the fruits of its interviews with Mr. Khadr, the next question concerns what obligations, if any, this entails.

[29] With Mr. Khadr's present and future liberty at stake, s. 7 of the *Charter* required that CSIS conduct itself in conformity with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are informed by Canada's international human rights obligations: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 60; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at paras. 82-92; *Hape*, at paras. 55-56.

[30] In the domestic context, the principles of fundamental justice impose a duty on the prosecuting Crown to provide disclosure of relevant information in its possession to the accused whose liberty is in jeopardy: *Stinchcombe*. In a domestic

(ii) *Participation à la procédure*

[27] En mettant à la disposition des autorités américaines le fruit de ses entretiens avec M. Khadr, le Canada a participé à une procédure contraire à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Le simple fait d'avoir des entretiens avec un citoyen canadien détenu à l'étranger en application d'une procédure attentatoire n'emporte pas nécessairement la participation à cette procédure. En effet, il peut arriver fréquemment que des responsables canadiens doivent s'entretenir avec des citoyens détenus en vertu de règles attentatoires afin de leur venir en aide. La conclusion que le Canada a porté atteinte aux droits de M. Khadr garantis à l'art. 7 en relayant l'information aux autorités américaines ne s'impose pas non plus. Il suffit de relever qu'au moment où il a transmis l'information aux Américains, le Canada était soumis à la *Charte*, car il participait dès lors à une procédure contraire à ses obligations internationales.

(iii) *Conséquences de la participation à la procédure*

[28] Vu notre conclusion que la *Charte* s'appliquait aux responsables canadiens lorsqu'ils ont participé à la procédure en cours à Guantanamo par la transmission du fruit de leurs entretiens avec M. Khadr, il faut maintenant déterminer les obligations qui en découlent, le cas échéant.

[29] La liberté actuelle et future de M. Khadr étant en jeu, l'art. 7 de la *Charte* obligeait le SCRS à observer les principes de justice fondamentale, et les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne permettent de dégager la portée de ces principes : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 60; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 82-92; *Hape*, par. 55-56.

[30] Sur le plan interne, les principes de justice fondamentale obligent le poursuivant à communiquer à l'accusé dont la liberté est en jeu les renseignements pertinents qu'il possède : *Stinchcombe*. Dans le cadre d'une poursuite interne, le poursuivant



prosecution, the Crown has put the accused's liberty at risk, which engages s. 7 of the *Charter* and the attendant duty of disclosure.

[31] To the extent that Canadian officials operating abroad are bound by s. 7 of the *Charter*, as we have earlier concluded was the case in this appeal, they are bound by the principles of fundamental justice in an analogous way. Where, as in this case, an individual's s. 7 right to liberty is engaged by Canada's participation in a foreign process that is contrary to Canada's international human rights obligations, s. 7 of the *Charter* imposes a duty on Canada to provide disclosure to the individual. Thus, s. 7 imposes a duty on Canada to provide disclosure of materials in its possession arising from its participation in the foreign process that is contrary to international law and jeopardizes the liberty of a Canadian citizen.

[32] It is not necessary to define for all fact situations the scope of the duty of disclosure, when the *Charter* is engaged by the actions of Canadian officials abroad, but it may differ from the scope of the duty of disclosure in a domestic criminal prosecution. In this case, although Canada participated in the U.S. process by giving the product of its interviews with Mr. Khadr to U.S. authorities, it did not by virtue of that action step into the shoes of the U.S. prosecutors. The scope of the disclosure obligation in this context is defined by the nature of Canada's participation in the foreign process. The crux of that participation was providing information to U.S. authorities in relation to a process which is contrary to Canada's international human rights obligations. Thus, the scope of the disclosure obligation must be related to the information provided to U.S. authorities.

[33] As noted at the outset, the appellants formally refused Mr. Khadr's request for disclosure in January 2006. This refusal of disclosure has put the appellants in breach of s. 7 of the *Charter* and entitles Mr. Khadr to a remedy.

met en jeu la liberté de l'accusé, ce qui emporte l'application de l'art. 7 de la *Charte* et fait naître l'obligation de communiquer la preuve.

[31] Dans la mesure où il est assujéti à l'art. 7 de la *Charte*, comme nous avons conclu précédemment que c'était le cas en l'espèce, le responsable canadien en mission à l'étranger est soumis aux principes de justice fondamentale de manière analogue. Lorsque, comme en l'espèce, le droit à la liberté que garantit l'art. 7 à une personne est en jeu du fait de la participation du Canada à une procédure étrangère qui va à l'encontre de ses obligations internationales en matière de droits de la personne, l'art. 7 exige de l'État canadien qu'il communique à l'intéressé les renseignements qu'il possède. L'article 7 contraint donc le Canada à cette communication à cause de sa participation à une procédure étrangère qui est contraire au droit international et qui compromet la liberté d'un Canadien.

[32] Lorsque l'application de la *Charte* découle d'actes accomplis par des responsables canadiens à l'étranger, la portée de l'obligation n'a pas à être précisée pour toutes les situations factuelles, mais elle peut différer de celle imposée dans le cadre d'une poursuite pénale interne. Dans la présente affaire, même s'il a pris part à une procédure états-unienne en transmettant aux autorités américaines le fruit de ses entretiens avec M. Khadr, le Canada ne s'est pas pour autant substitué au poursuivant américain. La portée de l'obligation de communication est déterminée, dans ce contexte, par la nature de la participation canadienne à la procédure étrangère. Cette participation a essentiellement consisté à relayer l'information aux autorités américaines en liaison avec une procédure qui allait à l'encontre des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Partant, la portée de l'obligation de communication doit être rattachée aux renseignements transmis aux Américains.

[33] Comme nous l'avons déjà signalé, en janvier 2006, les appelants se sont formellement opposés à la demande de communication de M. Khadr. De ce fait, ils ont contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, de sorte que M. Khadr a droit à une réparation.

[34] Canada has an obligation under s. 7 to provide disclosure to Mr. Khadr to mitigate the effect of Canada's participation by passing on the product of the interviews to U.S. authorities. It is not clear from the record before this Court if all portions of all of the interviews were given to U.S. authorities. If Mr. Khadr is given only partial disclosure of the interviews on the ground that only parts of the interviews were shared with U.S. authorities, it may be impossible for him to evaluate the significance of the parts of the interviews that are disclosed to him. For example, by analogy with *Stinchcombe*, disclosure of an inculpatory statement shared with the U.S. authorities might require disclosure of an exculpatory statement not shared to permit Mr. Khadr to know his jeopardy and prepare his defence. It would seem to follow that fairness requires disclosure of all records in any form of the interviews themselves — whether or not passed on to U.S. authorities — including any transcripts, recordings or summaries in Canada's possession. For similar reasons, it would seem to follow that Mr. Khadr is entitled to disclosure of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him.

[35] In making these observations, we are acutely aware that the record before us is incomplete. As this Court does not have the information given to U.S. authorities before it, we are unable to assess precisely what information is so connected to the shared information that it in fairness must be disclosed to Mr. Khadr. The designated judge of the Federal Court who hears the application under s. 38 of the *Canada Evidence Act* may be expected to have a fuller picture of what was shared with the U.S. authorities and what other material, if any, should be disclosed, bearing in mind the reasons of this Court and the principles enunciated in *Stinchcombe*. The ultimate process against Mr. Khadr may be beyond Canada's jurisdiction and control. However, to the extent that Canada has participated in that process, it has a constitutional duty to disclose information obtained by that participation to a Canadian citizen whose liberty is at stake.

[34] Le Canada a une obligation de communication suivant l'art. 7 afin d'atténuer les conséquences de la participation canadienne ayant consisté à relayer l'information obtenue aux autorités américaines. Le dossier de la Cour n'est pas clair quant à savoir si l'intégralité des entretiens a été transmise aux Américains. Si M. Khadr n'obtient que la communication d'une partie des entretiens au motif que seules certaines parties de ceux-ci ont été partagées avec les autorités américaines, il pourrait ne pas être en mesure d'évaluer l'importance des parties qui lui sont communiquées. Par exemple, par analogie avec l'affaire *Stinchcombe*, une déclaration inculpatoire relayée aux Américains pourrait nécessiter la communication d'une déclaration exculpatoire non relayée afin que M. Khadr connaisse le risque qu'il court et puisse préparer sa défense. Dès lors, l'équité exigerait du Canada qu'il communique tout document relatif aux entretiens comme tels qu'il a en sa possession, quelle que soit sa forme et qu'il ait ou non été transmis aux autorités américaines, tels les transcriptions, les enregistrements ou les résumés. Pour des raisons apparentées, M. Khadr aurait donc droit à la communication de tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens.

[35] Néanmoins, nous demeurons parfaitement conscients des lacunes du dossier dont nous disposons. Étant donné que l'information relayée aux Américains n'y figure pas, nous ne pouvons déterminer avec précision quels éléments sont si étroitement liés à l'information transmise que l'équité commande leur communication à M. Khadr. Le juge désigné de la Cour fédérale qui entendra la demande en application de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pourra être plus à même de déterminer quels éléments ont été partagés avec les Américains et quels autres documents, s'il en est, devraient être communiqués, compte tenu des présents motifs et des principes dégagés dans l'arrêt *Stinchcombe*. L'issue de la procédure engagée contre M. Khadr peut échapper à la compétence et à la volonté du Canada, mais dans la mesure où il y a participé, il a l'obligation constitutionnelle de communiquer au citoyen canadien dont la liberté est en jeu les renseignements obtenus à la faveur de cette participation.

[36] The Minister of Justice has argued that Mr. Khadr's right to disclosure is confined to disclosure from the U.S. authorities who are prosecuting him. We disagree. The remedy of disclosure being granted to Mr. Khadr is for breach of a constitutional duty that arose when Canadian agents became participants in a process that violates Canada's international obligations. Whether or not he is given similar disclosure by U.S. officials, he is entitled to a remedy for the Canadian government's failure to provide disclosure to him after having given U.S. authorities access to the product of the interviews, in circumstances that engaged s. 7 of the *Charter*.

#### 4. Conclusion

[37] In reaching its conclusions on disclosure, the Federal Court of Appeal held that the *Stinchcombe* disclosure regime should apply, and consequently held that the scope of disclosure extended to all materials in the Crown's possession which might be relevant to the charges against the appellant, subject to ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*. Our holding is not based on applying *Stinchcombe* directly to these facts. Rather, as described above, the s. 7 duty of disclosure to Mr. Khadr is triggered on the facts of this case by Canadian officials' giving U.S. authorities access to interviews conducted at Guantanamo Bay with Mr. Khadr. As a result, the disclosure order we make is different in scope than the order of the Federal Court of Appeal. The appellants must disclose (i) all records in any form of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, and (ii) records of any information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him. This disclosure is subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[38] As noted above, it is not possible on the record before this Court to determine what specific records should be disclosed to Mr. Khadr. In order to assess what specific documents must be disclosed

[36] Le ministre de la Justice fait valoir que M. Khadr a droit à la communication de renseignements seulement de la part du poursuivant américain. Nous ne sommes pas de cet avis. La réparation accordée à M. Khadr résulte du manquement à l'obligation constitutionnelle qu'a fait naître la participation de responsables canadiens à une procédure qui contrevient aux obligations internationales du Canada. Qu'il ait droit ou non à la même mesure aux États-Unis, une réparation doit lui être accordée en raison de l'omission de l'État canadien de lui communiquer l'information relayée aux autorités américaines après les entretiens, dans des circonstances emportant l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

#### 4. Conclusion

[37] Pour statuer sur la demande, la Cour d'appel fédérale a conclu que le régime de communication établi dans l'arrêt *Stinchcombe* devait s'appliquer, de sorte qu'il y avait obligation de communiquer tous les documents en la possession de l'État canadien susceptibles d'intéresser les accusations portées contre M. Khadr, sous réserve des art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Or, notre conclusion selon laquelle l'art. 7 commande la communication ne résulte pas de l'application directe de l'arrêt *Stinchcombe* à la présente affaire, mais du fait que les responsables canadiens ont permis aux autorités américaines de prendre connaissance de la teneur de leurs entretiens avec M. Khadr à Guantanamo. Par conséquent, la portée de notre ordonnance diffère de celle de la Cour d'appel fédérale. Les appelants doivent communiquer (i) tous les documents, sous quelque forme, relatifs aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr, ainsi que (ii) tout renseignement dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr. La communication demeure conditionnée par la prise en compte de la sécurité nationale et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[38] Rappelons que le dossier ne permet pas à la Cour de déterminer quels documents précis doivent être communiqués à M. Khadr. Pour décider des documents visés au par. 37 des présents motifs et

as falling within the group of documents described in para. 37, a designated judge of the Federal Court must review the documents. The designated judge will also consider any privilege or public interest immunity claim that is raised, including any claim under ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[39] The Federal Court of Appeal ordered that the appellants produce unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against Mr. Khadr to a designated judge of the Federal Court. In view of the fact that production has already been made pursuant to the Court of Appeal's order and this Court's order of January 23, 2008, we see no reason to interfere with this order.

[40] The designated judge will review the material and receive submissions from the parties, and decide which documents fall within the categories set out in para. 37 above. In particular, the designated judge will determine which records fall within the scope of the disclosure obligation as being (i) records of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, or (ii) records of information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed Mr. Khadr.

[41] Pursuant to s. 38.06 of the *Canada Evidence Act*, the designated judge will then consider whether disclosure of the records described in (i) and (ii) to Mr. Khadr would be injurious to international relations or national defence or national security, and whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The designated judge will decide whether to authorize the disclosure of all the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information, subject to any conditions that the judge considers appropriate. We note that this review is currently ongoing pursuant to this Court's order of January 23, 2008.

[42] Subject to these variations, we would dismiss the appeal with costs in this Court, and issue an order directing that:

par l'ordonnance de communication, le juge désigné de la Cour fédérale devra examiner les documents en cause. Il statuera également sur tout privilège ou exception d'intérêt public revendiqué, notamment sur le fondement des art. 38 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[39] La Cour d'appel fédérale a ordonné aux appelants de remettre à un juge désigné de la Cour fédérale des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en leur possession susceptibles d'intéresser les accusations portées contre M. Khadr. La remise ayant déjà eu lieu suivant cette ordonnance et celle de notre Cour datée du 23 janvier 2008, il n'y a pas lieu de revenir sur la mesure.

[40] Le juge désigné examinera les documents et entendra les parties, puis il déterminera quels documents sont visés au par. 37 des présents motifs. Plus spécialement, il décidera des documents devant être communiqués du fait (i) qu'ils se rapportent aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr ou (ii) qu'ils constituent des renseignements dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr.

[41] Conformément à l'art. 38.06 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge désigné déterminera ensuite si la communication à M. Khadr des documents visés aux points (i) et (ii) susmentionnés porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou sécurité nationales et si les raisons d'intérêt public qui la justifient l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui s'y opposent. Il autorisera ou non la communication de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés, aux conditions qu'il estimera indiquées. Signalons que cet examen est actuellement en cours par suite de notre ordonnance du 23 janvier 2008.

[42] Sous réserve de ces nuances, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour et de rendre l'ordonnance suivante :

(a) the Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police produce to a “judge” as defined in s. 38 of the *Canada Evidence Act* unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against Mr. Khadr;

and

(b) the “judge” as defined in s. 38 of the *Canada Evidence Act* shall consider any privilege or public interest immunity claim that is raised, including any claim under ss. 38 ff. of the Act, and make an order for disclosure in accordance with these reasons.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Parlee McLaws, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch: Goodmans, Toronto.*

a) le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada remettront à un « juge » au sens de l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* des copies non expurgées de tous les dossiers, documents et autres pièces en leur possession susceptibles d’intéresser les accusations portées contre M. Khadr;

et

b) le « juge » au sens de l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* statuera sur tout privilège ou exception d’intérêt public revendiqué, notamment sur le fondement des art. 38 et suiv. de la même loi, et rendra une ordonnance de communication conformément aux présents motifs.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l’intimé : Parlee McLaws, Edmonton.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Goodmans, Toronto.*

**Minister of Justice and Attorney General of Canada, Minister of Foreign Affairs, Director of the Canadian Security Intelligence Service and Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police** *Appellants/Applicants on motions to strike/Respondents on motion for sealing order*

v.

**Omar Ahmed Khadr** *Respondent/Applicant on motion for sealing order/Respondent on motion to strike*

and

**British Columbia Civil Liberties Association, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch** *Interveners/Respondents on motions to strike*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. KHADR

Neutral citation: 2008 SCC 29.

File No.: 32147.

2008: March 20.

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

MOTION FOR SEALING ORDER

MOTIONS TO STRIKE

*Civil procedure — Motion for sealing order — Documents to be adduced as fresh evidence can be filed only if subject to sealing order — Admissibility and use of*

**Ministre de la Justice et procureur général du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada** *Appellants/Requérants aux requêtes en radiation/Défendeurs à la requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés*

c.

**Omar Ahmed Khadr** *Intimé/Requérant à la requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés/Défendeur à la requête en radiation*

et

**Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch** *Intervenantes/Défenderesses aux requêtes en radiation*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. KHADR

Référence neutre : 2008 CSC 29.

N° du greffe : 32147.

2008 : 20 mars.

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

REQUÊTE EN VUE D'OBTENIR UNE ORDONNANCE DE MISE SOUS SCÉLLÉS

REQUÊTES EN RADIATION

*Procédure civile — Requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés — Documents à produire comme nouveaux éléments de preuve déposés*

*documents to be determined by panel of Supreme Court hearing appeal — Motion granted with conditions.*

*Civil procedure — Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise non-justiciable issues or lack factual basis not sufficient reasons to strike interveners' factums and paragraphs from detainee's factum at this stage — Motions dismissed.*

*Civil procedure — Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise new issues rejected — Issues discussed sufficiently in courts below — Intervenors to be given some latitude in light of requirement that they must present new and different perspective — Motions to strike interveners' factums dismissed.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.

MOTION for sealing order and MOTIONS to strike paragraphs from respondent's factum and to strike certain interveners' factums. Motion for sealing order granted. Motions to strike dismissed.

Written submissions by *Robert J. Frater*, *Sharlene Telles-Langdon* and *Doreen Mueller*, for the Minister of Justice et al.

Written submissions by *Nathan J. Whitling*, for Omar Ahmed Khadr.

*uniquement si les conditions de l'ordonnance de mise sous scellés sont respectées — Décision quant à l'admissibilité et à l'utilisation des documents laissée à la formation de la Cour suprême qui entendra l'appel — Requête accordée et conditions fixées dans l'ordonnance.*

*Procédure civile — Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent des questions non justiciables ou n'ont pas un fondement factuel suffisant — Prétentions ne justifiant pas à ce stade-ci la radiation des mémoires des intervenantes et de paragraphes du mémoire du détenu — Requêtes rejetées.*

*Procédure civile — Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent de nouvelles questions rejetées — Questions suffisamment abordées devant les juridictions inférieures — Les intervenantes doivent avoir une certaine marge de manœuvre compte tenu de leur obligation de présenter un point de vue nouveau et différent — Requêtes en radiation des mémoires des intervenantes rejetées.*

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés et REQUÊTES en radiation de certains paragraphes du mémoire de l'intimé et en radiation du mémoire de certaines intervenantes. Requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés accordée. Requêtes en radiation rejetées.

Argumentation écrite par *Robert J. Frater*, *Sharlene Telles-Langdon* et *Doreen Mueller*, pour le ministre de la Justice et autres.

Argumentation écrite par *Nathan J. Whitling*, pour Omar Ahmed Khadr.

Written submissions by *Joseph J. Arvay, Q.C.*, and *Sujit Choudhry*, for the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions by *Audrey Macklin, Tom A. Friedland* and *Gerald Chan*, for the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The respondent, Mr. Khadr, was apprehended by the American military in July 2002. He is presently detained in U.S. Naval Station, Guantanamo Bay, Cuba. The appellants are appealing an order of the Federal Court of Appeal dated May 10, 2007, as amended June 19, 2007, which directs the appellants to provide the respondent with “*Stinchcombe*-like” disclosure of relevant materials in the possession of the appellants in order for the respondent to make full answer and defence to a U.S. military commission trial (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326).

[2] The parties to this appeal have filed a number of motions as follows:

1. Motion by the respondent for a sealing order in relation to proposed fresh evidence which was given as disclosure in the U.S. proceedings, and which the U.S. authorities will only allow counsel to file in this Court on condition of a sealing order being in place;
2. Motion by the appellants to strike certain paragraphs from the respondent’s factum;
3. Motion by the appellants to strike the factum of the intervener B.C. Civil Liberties Association (“BCCLA”) and revoke its intervener status;
4. Motion by the appellants to strike the joint factum of the interveners University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights

Argumentation écrite par *Joseph J. Arvay, c.r.*, et *Sujit Choudhry*, pour l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite par *Audrey Macklin, Tom A. Friedland* et *Gerald Chan*, pour University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — L’intimé, M. Khadr, a été arrêté par l’armée américaine en juillet 2002. Il est présentement détenu sur la base navale américaine de Guantanamo Bay, à Cuba. Les appelants interjettent appel d’une ordonnance rendue par la Cour d’appel fédérale le 10 mai 2007 et modifiée le 19 juin 2007, sommant les appelants de produire, conformément à l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, les renseignements pertinents en leur possession pour permettre à l’intimé de présenter une défense pleine et entière devant une commission militaire des États-Unis.

[2] Les parties à l’appel ont déposé les requêtes suivantes :

1. Requête de l’intimé en vue d’obtenir une ordonnance de mise sous scellés relativement à de nouveaux éléments de preuve proposés, qui ont été produits dans le cadre de la communication de la preuve dans les poursuites américaines et que les autorités américaines n’autoriseront les avocats à déposer devant la Cour qu’à la condition qu’ils soient protégés par une ordonnance de mise sous scellés;
2. Requête des appelants en radiation de certains paragraphes du mémoire de l’intimé;
3. Requête des appelants en radiation du mémoire de l’intervenante, l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB ») et en révocation de sa qualité d’intervenante.
4. Requête des appelants en radiation du mémoire conjoint des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International



Clinic and Human Rights Watch (“IHRC/HRW”) and revoke their intervener status.

Human Rights Clinic et Human Rights Watch (« IHRC/HRW ») et en révocation de leur qualité d’intervenantes.

A. Respondent’s Motion for Sealing Order

A. Requête de l’intimé en vue d’obtenir une ordonnance de mise sous scellés

[3] The respondent intends to file a second motion to adduce fresh evidence. The fresh evidence he intends to file is an affidavit from his U.S. counsel, appending two documents from the disclosure in the U.S. proceedings as exhibits. Because of restrictions on the use of the disclosure in the U.S. case, the respondent cannot file the documents in this Court unless they are subject to a sealing order in this Court.

[3] L’intimé a l’intention de présenter une deuxième requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve. Les éléments qu’il souhaite déposer sont un affidavit de son avocat américain et deux pièces produites dans le cadre de la communication de la preuve dans les poursuites américaines. En raison de restrictions concernant l’utilisation de la preuve communiquée dans la poursuite américaine, l’intimé ne peut déposer ces documents devant la Cour à moins que celle-ci ne rende une ordonnance de mise sous scellés à leur égard.

[4] At this stage, this Court is only being asked to grant a sealing order so that the documents, and legal argument in relation to them, can be filed. Admissibility and use of the documents will be determined by the panel hearing the appeal once the documents have been filed.

[4] À ce stade de la procédure, la Cour est uniquement appelée à rendre une ordonnance de mise sous scellés afin que ces documents et les arguments juridiques à leur sujet puissent être déposés. La formation de la Cour qui entendra l’appel se prononcera sur l’admissibilité et l’utilisation des documents après qu’ils auront été déposés.

[5] The motion is granted on the following terms:

[5] La requête est accordée en ces termes :

(1) In the event that consent is received from the Deputy Assistant Secretary of Defense for Detainee Affairs, the respondent may file the proposed “Second Fresh Evidence Record”, containing the Supplemental Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, and exhibiting two documents, as well as written submissions of no more than three pages pertaining to the content of the said affidavit.

(1) S’il obtient le consentement du sous-secrétaire d’État adjoint à la Défense pour les prisonniers, l’intimé pourra déposer le « Deuxième dossier de nouveaux éléments » de preuve proposé contenant l’affidavit supplémentaire du lieutenant-commandant William Kuebler et deux pièces, ainsi que des observations écrites d’au plus trois pages concernant le contenu de cet affidavit.

(2) The material shall be delivered to the Court in sealed envelopes, and shall be kept under seal by the Registrar and made available only to counsel for the respondent, counsel for the appellants, members of this Court and Court staff.

(2) Les documents seront remis à la Cour dans des enveloppes scellées, le registraire les conservera sous scellés et seuls les avocats de l’intimé, les avocats des appelants, les juges et le personnel de la Cour y auront accès.

(3) The appellants shall be entitled to file a response to the motion to file further evidence, together with written submissions of no more than three pages in the event that the sealed material is admitted as evidence.

(3) Les appelants sont autorisés à déposer une réponse à la requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve, ainsi que des observations écrites d’au plus trois pages dans l’éventualité où les documents sous scellés seraient admis en preuve.

(4) The admissibility of the respondent's "Second Fresh Evidence Record" shall be determined by the Court hearing the appeal.

(5) There is no order as to costs.

**B. Motions to Strike Certain Paragraphs of Respondent's Factum and All of Interveners BCCLA and IHRC/HRW's Factums**

[6] The appellants move to strike out arguments raised by the respondent and the interveners BCCLA and IHRC/HRW that Canadian officials violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in interviewing the respondent at Guantanamo Bay and in subsequently giving summaries of the interviews to U.S. authorities. It is argued by the respondent and the interveners that these actions violated international human rights obligations. The arguments are based on this Court's decision in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26. These arguments raise issues of the legality of the detentions at Guantanamo Bay in international law, and whether the *Charter* was breached by some form of Canadian complicity by interviewing the respondent and giving summaries of the interviews to the Americans. The appellants make three arguments in support of the motions to strike:

- (i) that there is insufficient factual basis for the arguments;
- (ii) that the arguments are not justiciable;
- (iii) that these are new arguments not raised in the courts below.

[7] In the alternative, the appellants argue that the motion to strike should be deferred to the panel hearing the appeal, or in the further alternative, that the argument made in the appellants' motion to strike should be treated as a reply factum on the appeal proper.

(4) La formation de la Cour qui entendra l'appel se prononcera sur l'admissibilité du « Deuxième dossier de nouveaux éléments » de preuve de l'intimé.

(5) Aucune ordonnance n'est rendue concernant les dépens.

**B. Requêtes en radiation de certains paragraphes du mémoire de l'intimé et des mémoires en entier des intervenantes ALCCB et IHRC/HRW**

[6] Les appelants demandent la radiation des arguments invoqués par l'intimé et par les intervenantes ALCCB et IHRC/HRW selon lesquels les responsables canadiens ont contrevenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en interrogeant l'intimé à Guantanamo Bay et en transmettant un résumé de ces entretiens aux autorités américaines. L'intimé et les intervenantes soutiennent que ces actes contrevenaient aux obligations internationales en matière de droit de la personne. Ces arguments s'appuient sur une décision rendue par la Cour dans l'affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26. Ils soulèvent la légalité des détentions à Guantanamo Bay selon le droit international, et la question de savoir s'il y a eu manquement à la *Charte* par une complicité quelconque du Canada du fait de l'interrogatoire de l'intimé et de la transmission du résumé des entretiens aux Américains. Les appelants font valoir trois arguments à l'appui de leurs requêtes en radiation :

- (i) l'absence de fondement factuel suffisant étayant les arguments;
- (ii) le caractère non justiciable des questions soulevées;
- (iii) la nouveauté des arguments, qui n'auraient pas été invoqués devant les juridictions inférieures.

[7] Subsidiairement, les appelants soutiennent que la requête en radiation devrait être renvoyée à la formation de la Cour qui entendra l'appel ou, encore, que l'argumentation exposée dans cette requête devrait être traitée comme une réplique dans l'appel proprement dit.

[8] For the reasons that follow, the appellants' motions to strike part of the factum of the respondent, and all of the factums of the interveners BCCLA and IHRC/HRW are dismissed. The appellants' record on the motion to strike parts of the respondent's factum shall be put before the panel hearing the appeal as a reply factum.

(i) *Alleged Lack of Factual Basis for Arguments*

[9] The appellants argue that there is an insufficient factual basis for the respondent's and interveners' arguments that the detention at Guantanamo Bay violates international law and that Canadian complicity violates s. 7 of the *Charter*.

[10] The alleged lack of a factual basis for these arguments is not a reason to strike out paragraphs from the factums. The appellants may argue on the main appeal that the impugned arguments of the respondent and interveners should fail for an insufficient factual basis.

[11] Further, the factual basis for the impugned arguments is, in part, dependent on a fresh evidence motion filed by the respondent that has been deferred to the panel hearing the appeal by Order of the Chief Justice dated December 19, 2007. It is not appropriate at this stage to strike out arguments on the ground that they lack a factual basis, because the factual basis is dependent on the result of the fresh evidence motion.

(ii) *Allegation That Arguments Raise Non-Justiciable Issues*

[12] The appellants argue that the respondent's and interveners' arguments about violations of international law at Guantanamo Bay and Canadian complicity in them are not justiciable. It is argued that the issues are not justiciable because they require findings about the conduct of the U.S.

[8] Pour les motifs qui suivent, les requêtes des appelants en radiation d'une partie du mémoire de l'intimé et de l'ensemble des mémoires des intervenantes ALCCB et IHRC/HRW sont rejetées. Le dossier de requête des appelants en radiation de parties du mémoire de l'intimé sera présenté à titre de réplique à la formation de la Cour qui entendra l'appel.

(i) *Absence de fondement factuel étayant les arguments*

[9] Les appelants font valoir l'absence d'un fondement factuel suffisant pour étayer les arguments de l'intimé et des intervenantes selon lesquels la détention à Guantanamo Bay contrevient au droit international et la complicité du Canada enfreint l'art. 7 de la *Charte*.

[10] La prétendue absence de fondement factuel étayant ces arguments ne constitue pas un motif de radiation des paragraphes des mémoires. Les appelants peuvent faire valoir dans l'appel principal que les arguments contestés de l'intimé et des intervenants doivent être rejetés faute de fondement factuel suffisant.

[11] De plus, le fondement factuel des arguments contestés est, en partie, lié à une requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve déposée par l'intimé et renvoyée à la formation de la Cour qui entendra l'appel aux termes d'une ordonnance rendue par la Juge en chef le 19 décembre 2007. Il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de radier des arguments au motif qu'ils n'ont pas de fondement factuel, parce que celui-ci dépend du sort de la requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve.

(ii) *Caractère non justiciable des questions soulevées*

[12] Les appelants soutiennent que les arguments de l'intimé et des intervenantes au sujet de la violation du droit international à Guantanamo Bay et de la complicité du Canada ne relèvent pas des tribunaux. Ces questions ne seraient pas justiciables parce que, pour les trancher, il faudrait tirer des

authorities, the U.S. authorities are not before the Court, and that these issues should be litigated in the U.S. courts.

[13] It is not necessary at this stage to address the merits of the appellants' claims about justiciability. These arguments are not a basis to strike out arguments from the respondent's and interveners' factums. Rather, the appellants may argue on the main appeal that the impugned arguments of the respondent and interveners should not be accepted because they raise non-justiciable issues.

(iii) *Allegation That Arguments Are New/Not Argued Below*

[14] The appellants' final argument is that the arguments that Canadian officials breached s. 7 of the *Charter* by interviewing the respondent and giving summaries of the interviews to U.S. authorities, and that these actions breached international law in light of *Hape*, were not argued in the courts below.

[15] This argument also fails. The issues were sufficiently raised in the courts below. The arguments in the courts below focussed on whether the *Charter* applied on the facts of this case to the activities of Canadian officials, and whether there was a sufficient causal connection between the actions of Canadian officials and the U.S. detention and charges. In the courts below, these arguments were based on this Court's decisions in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, and *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. These arguments raised the issue of the extent to which the Canadian government was constitutionally linked to U.S. conduct. The Federal Court and Federal Court of Appeal addressed these arguments in their reasons: (2006), 290 F.T.R. 313, 2006 FC 509, and [2008] 1 F.C.R. 270, 2007 FCA 182. Although the way

conclusions sur la conduite des autorités américaines, que les autorités américaines ne sont pas présentes devant la Cour et que ces questions devraient être débattues devant les tribunaux américains.

[13] Il n'est pas nécessaire à ce stade de la procédure d'examiner au fond les prétentions des appelants sur le caractère justiciable. Ces arguments ne peuvent fonder la radiation d'arguments invoqués dans les mémoires de l'intimé et des intervenantes. Les appelants peuvent plaider plutôt dans le cadre de l'appel principal que les arguments contestés de l'intimé et des intervenantes ne doivent pas être retenus parce qu'ils soulèvent des questions qui ne relèvent pas des tribunaux.

(iii) *Nouveauté des arguments, qui n'auraient pas été invoqués devant les juridictions inférieures*

[14] Les appelants soutiennent enfin que les arguments voulant que les responsables canadiens aient contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, en interrogeant l'intimé et en transmettant un résumé de ces entretiens aux autorités américaines, et que ces actes aient contrevenu au droit international vu l'arrêt *Hape* n'ont pas été débattus devant les juridictions inférieures.

[15] Cet argument doit aussi être rejeté. Ces questions ont été suffisamment abordées devant les juridictions inférieures. Les arguments débattus devant les juridictions inférieures étaient centrés sur la question de savoir si la *Charte* s'appliquait, dans les circonstances de l'affaire, aux activités des responsables canadiens, et s'il existait un lien causal suffisant entre, d'une part, les actes des responsables canadiens et, d'autre part, la détention et les accusations portées aux États-Unis. Devant les juridictions inférieures, ces arguments étaient fondés sur les décisions rendues par notre Cour dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, et *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Ces arguments soulevaient la question du lien, sur le plan constitutionnel, entre le gouvernement canadien et la conduite des États-Unis. La Cour fédérale et la

the argument is made has changed, focussing on whether the actions of Canadian officials violated international human rights obligations in light of the *Hape* decision, it is not an entirely new argument.

[16] Counsel for the respondent advised counsel for the appellants in December 2007 that they were going to make arguments based on *Hape*. Any concern about the appellants' ability to respond is addressed by ordering that the appellants' motion record be put before the Court as a reply factum on the appeal.

(iv) *Motions to Strike All of Interveners' Factums*

[17] The appellants' arguments to strike out the interveners' factums are essentially the same as for the respondent's factum. For the reasons given above, the factual basis and justiciability arguments are not grounds to strike the factums. These issues can be argued as part of the main appeal.

[18] This leaves the argument that the interveners are raising new issues. The interveners' arguments are the arguments they said they would make when they sought leave to intervene. These motions to strike should not be used to relitigate the applications for leave to intervene. For the reasons given above, these are not entirely new issues. Further, interveners must have some latitude to approach legal arguments from a different perspective, given the requirement that interveners present a new and different perspective.

[19] The appellants object to the interveners relying in their factums on the fresh evidence, the

Cour d'appel fédérale ont traité de ces arguments dans leurs motifs : (2006), 290 F.T.R. 313, 2006 CF 509, et [2008] 1 R.C.F. 270, 2007 CAF 182. Bien que cet argument ait été présenté sous un jour différent, en mettant l'accent sur la question de savoir si les responsables canadiens ont contrevenu aux obligations internationales en matière de droit de la personne vu l'arrêt *Hape*, il ne s'agit pas d'un argument entièrement nouveau.

[16] Les avocats de l'intimé ont avisé les avocats des appelants en décembre 2007 de leur intention de présenter des arguments fondés sur l'arrêt *Hape*. Toute inquiétude quant à la possibilité pour les appelants de répondre à ces arguments devrait être dissipée par une ordonnance portant que le dossier de requête des appelants sera soumis à la Cour à titre de réplique dans l'appel.

(iv) *Requêtes en radiation des mémoires en entier des intervenantes*

[17] Les arguments invoqués par les appelants à l'appui de la radiation des mémoires des intervenantes sont semblables, pour l'essentiel, à ceux touchant le mémoire de l'intimé. Pour les motifs déjà exposés, le fondement factuel et le caractère justiciable ne constituent pas des motifs de radiation. Ces questions peuvent être débattues dans le cadre de l'appel principal.

[18] Il ne reste donc que l'argument selon lequel les intervenantes soulèvent de nouvelles questions. Les arguments invoqués par les intervenantes sont ceux qu'elles ont dit avoir l'intention de plaider lorsqu'elles ont demandé l'autorisation d'intervenir. Les requêtes en radiation ne doivent pas être utilisées pour rouvrir le débat sur les demandes d'autorisation d'intervenir. Pour les motifs exposés plus tôt, il ne s'agit pas de questions entièrement nouvelles. De plus, les intervenantes doivent avoir une certaine marge de manœuvre pour aborder les arguments de droit sous un angle différent, compte tenu de leur obligation de présenter un point de vue nouveau et différent.

[19] Les appelants s'opposent à ce que les intervenantes s'appuient, dans leurs mémoires, sur les

admissibility of which has not yet been determined by this Court. There is nothing objectionable about this approach by the interveners. If the Court holds that the fresh evidence is not admissible, it will not rely on it. Indeed, the interveners IHRC/HRW have highlighted in their factum where evidence they rely on is still subject to a decision on admissibility to make this clear to the reader and the Court.

[20] There are no orders for costs on any of the motions.

*Motion for sealing order granted. Motions to strike dismissed.*

*Solicitor for the Minister of Justice et al.: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitors for Omar Ahmed Khadr: Parlee McLaws, Edmonton.*

*Solicitors for the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic and Human Rights Watch: Goodmans, Toronto; University of Toronto, Faculty of Law, Toronto.*

nouveaux éléments de preuve que la Cour n'a pas encore jugés admissibles. Cette façon de procéder des intervenantes n'a rien de répréhensible. Si la Cour décide que les nouveaux éléments de preuve ne sont pas admissibles, elle ne s'appuiera pas sur eux. En fait, les intervenantes IHRC/HRW ont indiqué, dans leur mémoire, les cas où la preuve sur laquelle elles s'appuient n'a pas encore été jugée admissible, pour que le lecteur et la Cour en soient clairement avisés.

[20] Aucune ordonnance n'est rendue concernant les dépens relativement à l'une ou l'autre des requêtes.

*Requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés accordée. Requêtes en radiation rejetées.*

*Procureur du ministre de la Justice et autres : Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureurs de Omar Ahmed Khadr : Parlee McLaws, Edmonton.*

*Procureurs de l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Goodmans, Toronto; University of Toronto, Faculty of Law, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**J.H.S.** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. J.H.S.**

**Neutral citation: 2008 SCC 30.**

File No.: 31897.

2008: January 25; 2008: May 29.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Accused convicted of sexual assault — Complainant and accused principal witnesses at trial — Whether trial judge adequately instructed jury on application of principles of reasonable doubt to issue of credibility.*

The accused was charged with sexual assault after the complainant alleged that the accused had sexually abused her over a number of years. The accused, who denied all allegations of impropriety, was tried before a judge and jury. The issue at trial was whether the alleged events had ever happened. The complainant and the accused were the principal witnesses. The trial judge charged the jury on the credibility of the witnesses and specifically instructed the jury that the trial was not a choice between two competing versions of events. The jury returned a verdict of guilty. A majority of the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge insufficiently explained the principles of reasonable doubt as they applied to credibility, concluding that the jury was not clearly instructed that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his guilt beyond a reasonable doubt. The dissenting judge would have upheld the conviction finding that the charge to the jury was sufficient.

**Held:** The appeal should be allowed and the conviction restored.

Where credibility is a central issue in a jury trial, the judge must explain the relationship between the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**J.H.S.** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. J.H.S.**

**Référence neutre : 2008 CSC 30.**

N° du greffe : 31897.

2008 : 25 janvier; 2008 : 29 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante et accusé étant les principaux témoins au procès — La juge du procès a-t-elle suffisamment expliqué au jury les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité?*

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle à la suite d'allégations de la plaignante selon lesquelles il l'aurait agressée sexuellement pendant plusieurs années. L'accusé, qui niait toutes les allégations d'actes répréhensibles, a subi son procès devant une juge et un jury. En première instance, le litige portait sur la question de savoir si les événements allégués s'étaient effectivement produits. La plaignante et l'accusé étaient les principaux témoins. La juge du procès a donné aux jurés des directives sur la crédibilité des témoins et leur a expliqué expressément que le procès ne consistait pas à faire un choix entre deux versions contradictoires des événements. Le jury a rendu un verdict de culpabilité. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé la condamnation et ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que la juge du procès n'avait pas suffisamment expliqué les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité, concluant que le jury n'avait pas été clairement avisé que le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à la preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge dissident était d'avis de confirmer la condamnation parce qu'il estimait que l'exposé au jury était suffisant.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Lorsque la question de la crédibilité est au centre d'un procès avec jury, le juge doit expliquer le lien entre

assessment of credibility and the Crown's ultimate burden to prove the guilt of the accused to the criminal standard. A general instruction on reasonable doubt without adverting to its relationship to the credibility (or lack of credibility) of the witnesses leaves open too great a possibility of confusion or misunderstanding. It must be made crystal clear to the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt. Where credibility is important, the trial judge's instructions must not leave the jury with the impression that it has to choose between the two versions of events. The "credibility contest" error must be avoided. Lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt. However, the application of *W. (D.)* should not result in triumph of form over substance. [8-9] [13]

In this case, the reasoning of the majority brushes uncomfortably close to treatment of *W. (D.)* as a "magic incantation". When read as a whole, the charge did not leave the jury with any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. The trial judge told the jury that they could not decide the case simply by choosing between the evidence of the complainant and that of the accused. She explained that even if they did not accept all of the accused's testimony, they could still accept some of it. She also explained that any reasonable doubt must be resolved in favour of the accused and, in that context, she reminded the jury that they must consider all of the evidence when determining reasonable doubt. This was sufficient. [14-15]

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Levasseur*, [1994] 3 S.C.R. 518, rev'g (1994), 89 C.C.C. (3d) 508; *R. v. C.L.Y.*, [2008] 1 S.C.R. 5, 2008 SCC 2; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 271(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Nova Scotia (Saunders, Oland and

l'évaluation de la crédibilité et le fardeau ultime du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Un exposé général sur le doute raisonnable, qui ne fait pas le lien entre cette notion et la crédibilité (ou le manque de crédibilité) des témoins, prête trop à confusion ou à équivoque. Le jury doit être informé de manière limpide que le ministère public n'est jamais libéré du fardeau de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Lorsque la crédibilité revêt de l'importance, les directives du juge du procès ne doivent pas laisser aux jurés l'impression qu'ils doivent choisir entre les deux versions des événements. Il faut éviter de commettre l'erreur de procéder à un « concours de crédibilité ». Le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Néanmoins, l'application de *W. (D.)* ne devrait pas laisser la forme l'emporter sur le fond. [8-9] [13]

En l'espèce, le raisonnement de la majorité frôle de manière inquiétante l'erreur consistant à considérer *W. (D.)* comme une « incantation ». Lu comme un tout, l'exposé ne laissait place à aucune interprétation erronée de la part du jury quant au fardeau de la preuve et à la norme applicable. Le juge du procès a dit aux jurés qu'ils ne pouvaient décider de la cause simplement en choisissant entre le témoignage de la plaignante et celui de l'accusé. Elle leur a expliqué que, même s'ils n'acceptaient pas intégralement le témoignage de l'accusé, ils pouvaient malgré tout en accepter des parties. Elle leur a aussi expliqué que l'accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable et, dans ce contexte, elle leur a rappelé qu'ils devaient tenir compte de tous les éléments de preuve pour déterminer s'il subsistait un doute raisonnable dans leur esprit. Ces explications étaient suffisantes. [14-15]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Levasseur*, [1994] 3 R.C.S. 518, inf. (1994), 89 C.C.C. (3d) 508; *R. c. C.L.Y.*, [2008] 1 R.C.S. 5, 2008 CSC 2; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 271(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Saunders, Oland et



Fichaud J.J.A.) (2007), 250 N.S.R. (2d) 360, 217 C.C.C. (3d) 52, 44 C.R. (6th) 302, [2007] N.S.J. No. 37 (QL), 2007 CarswellINS 40, 2007 NSCA 12, setting aside the conviction of the accused for sexual assault. Appeal allowed.

*Daniel A. MacRury, Q.C.*, for the appellant.

*Joel E. Pink, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The Crown appeals the decision of the Nova Scotia Court of Appeal setting aside the conviction of the respondent for the sexual assault of his stepdaughter. The complainant and the accused were the principal witnesses. The majority judgment of the Court of Appeal concluded that the trial judge had insufficiently instructed the jury on their duty, even if they disbelieved the accused, to determine whether the Crown had proved on the whole of the evidence every element of the charge against him to the criminal standard of proof. In other words, the majority concluded that the jury was not clearly instructed that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his guilt beyond a reasonable doubt as required by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. The dissenting judge in the Court of Appeal, Saunders J.A., was of the view that the jury instruction on this point left no room for misunderstanding about the correct burden and standard of proof to apply. That is the bottom line. I agree with him and would allow the appeal.

## I. Facts

[2] The respondent was the stepfather of the complainant. The complainant testified that the respondent, who lived in the same house along with her sister and their mother, started sexually abusing her when she was approximately four years old. The abuse went on consistently, and intensified from touching to intercourse as she got older

Fichaud) (2007), 250 N.S.R. (2d) 360, 217 C.C.C. (3d) 52, 44 C.R. (6th) 302, [2007] N.S.J. No. 37 (QL), 2007 CarswellINS 40, 2007 NSCA 12, annulant la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

*Daniel A. MacRury, c.r.*, pour l'appelante.

*Joel E. Pink, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le ministère public interjette appel de la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse d'annuler la déclaration de culpabilité de l'intimé pour agression sexuelle à l'endroit de sa belle-fille. La plaignante et l'accusé ont été les principaux témoins. Les juges de la majorité en Cour d'appel ont conclu que le juge du procès n'avait pas fait un exposé suffisamment détaillé aux jurés quant à l'obligation qui leur incombait — même s'ils ne croyaient pas l'accusé — de déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le ministère public avait prouvé tous les éléments de l'accusation selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Autrement dit, les juges de la majorité ont conclu que le jury n'avait pas été clairement avisé, comme l'exige *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, que le manque de crédibilité de l'accusé n'équivaut pas à la preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge Saunders, dissident en Cour d'appel, était plutôt d'avis que l'exposé au jury à cet égard ne laissait place à aucune interprétation erronée quant au fardeau de la preuve et à la norme applicable. C'est là le point essentiel. Je suis d'accord avec lui et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## I. Les faits

[2] L'intimé était le beau-père de la plaignante. Selon le témoignage de cette dernière, qui vivait avec sa sœur et sa mère sous le même toit que l'intimé, celui-ci a commencé à l'agresser sexuellement lorsqu'elle était âgée d'environ quatre ans. Il l'agressait régulièrement et il est passé des attouchements aux relations sexuelles complètes au fur

(A.R., at pp. 142-45). When she was eight-and-a-half years old and again when she was almost 15, the complainant told her mother about the assault, but the mother did not believe her on either occasion, at least initially. Eventually, the mother told the respondent to leave the house. At the age of 15, the complainant went to the police.

[3] The complainant's mother testified that when the complainant was about 13, she began to hang around with a rough crowd that was breaking into houses and mailboxes. She was smoking, drinking, had a lot of problems with her teachers and the principal at school, and rebelled at everything. According to her sister, the complainant went from being "kind of a good little apple to a bad apple" as she got older (A.R., at p. 358). The sister described the relationship between her mother and the complainant as "very rocky", and living with them as "sheer chaos" (A.R., at p. 362).

[4] The accused denied all allegations of impropriety. The defence theory was that the complainant began to act up when her biological father first came back into her life when she was about 11 years old. Shortly afterwards he again ceased contact with her. The complainant felt rejected. In response to her uncontrollable behaviour, the respondent threatened to send her to a Catholic school, which the defence says prompted her false allegations of sexual assault (A.R., at pp. 126-27).

## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of Nova Scotia — Robertson J.*

[5] The respondent was tried before a judge and jury for sexual assault contrary to s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue at trial was whether the alleged events ever happened. The trial judge charged the jury on credibility as follows:

et à mesure qu'elle vieillissait (d.a., p. 142-145). Lorsqu'elle était âgée de huit ans et demi, puis à nouveau lorsqu'elle était âgée de près de 15 ans, la plaignante a parlé à sa mère des agressions. Celle-ci ne l'a pas crue, ni la première, ni la deuxième fois, du moins initialement. Plus tard, la mère a chassé l'intimé de la maison. À l'âge de 15 ans, la plaignante a communiqué avec les policiers pour leur raconter les faits.

[3] Selon le témoignage de la mère de la plaignante, lorsque sa fille était âgée d'environ 13 ans, elle a commencé à fréquenter un groupe de voyous qui entraient par effraction dans des maisons et saccageaient des boîtes aux lettres. Elle fumait, buvait, avait beaucoup de problèmes avec ses professeurs et la direction de son école et elle se rebellait à propos de tout. Selon sa sœur, en vieillissant, la plaignante qui était une [TRADUCTION] « bonne petite pomme » est devenue une « pomme pourrie » (d.a., p. 358). Toujours selon sa sœur, la plaignante et sa mère avaient une relation « très tendue » et la vie en leur compagnie était « complètement chaotique » (d.a., p. 362).

[4] L'accusé a nié toutes les allégations d'actes répréhensibles. Selon la défense, la plaignante a commencé à faire des siennes au moment où son père biologique a réapparu dans sa vie lorsqu'elle avait environ 11 ans. Peu de temps après, il a de nouveau coupé les ponts avec elle. La plaignante s'est alors sentie rejetée. Incapable de contrôler le comportement de la plaignante, l'intimé l'a menacée de l'envoyer à l'école catholique, ce qui, selon la défense, l'aurait poussée à faire les fausses allégations d'agression sexuelle (d.a., p. 126-127).

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse — La juge Robertson*

[5] L'intimé a subi un procès devant une juge et un jury pour agression sexuelle en vertu de l'al. 271(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En première instance, le litige portait sur la question de savoir si les événements allégués se sont effectivement produits. La juge du procès a donné les directives suivantes au jury concernant la crédibilité :

Now I'm going to speak to you about credibility of witnesses. To make your decision, you should consider carefully, and with an open mind, all the evidence presented during this trial. It will be up to you to decide how much or how little you will believe or rely upon the testimony of any witness. You may believe some, none or all. [A.R., at p. 45]

The trial judge also charged the jury as follows on the credibility of the respondent in particular:

Please remember that you do not have to accept or reject all of the testimony of any witness, including [the accused] . . . It is up to you whether you accept all of his testimony . . . [A.R., at p. 53]

[6] The jury was specifically instructed that the trial was not a choice between two competing versions of events:

The real issue in this case is whether the alleged events ever took place. It is for the Crown counsel to prove beyond a reasonable doubt that the events alleged in fact occurred. It is not for [the accused] to prove that these events never happened. If you have a reasonable doubt whether the events alleged ever took place, you must find him not guilty.

You do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with another, or choosing one of them. You have to consider all the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crime charged, in fact, took place. [A.R., at p. 54]

Defence counsel raised no objection to the charge. The jury returned a verdict of guilty.

#### B. *Court of Appeal of Nova Scotia*

[7] Oland J.A., writing for herself and Fichaud J.A., applied *W. (D.)*. In her view the trial judge insufficiently explained the principles of reasonable doubt as they applied to credibility. The jury

[TRADUCTION] Maintenant, je vais vous parler de la crédibilité des témoins. Pour prendre votre décision, vous devez examiner attentivement, et avec l'esprit ouvert, tous les éléments de preuve présentés durant le procès. C'est à vous qu'il reviendra de décider jusqu'à quel point vous accorderez foi ou non aux déclarations de tous les témoins et jusqu'à quel point vous vous fondez sur elles. Vous pouvez en croire une partie, la totalité ou n'en rien croire. [d.a., p. 45]

La juge du procès a aussi donné les directives suivantes au jury concernant plus particulièrement la crédibilité de l'intimé :

[TRADUCTION] Veuillez vous souvenir que vous n'êtes pas obligés d'accepter ou de rejeter intégralement le témoignage d'un témoin, notamment [de l'accusé] [. . .] C'est à vous de décider si vous acceptez intégralement son témoignage . . . [d.a., p. 53]

[6] Les jurés ont été expressément informés du fait que le procès ne consiste pas à faire un choix entre deux versions contradictoires des événements :

[TRADUCTION] En l'espèce, la vraie question en litige est celle de savoir si les événements allégués se sont réellement produits. Le ministère public a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que les événements allégués se sont effectivement produits. Ce n'est pas à [l'accusé] de prouver que ces événements ne se sont jamais produits. Si vous avez un doute raisonnable quant à la survenance des événements allégués, vous devez le déclarer non coupable.

Vous ne décidez pas si quelque chose s'est produit simplement en comparant une version des événements à une autre ou en choisissant l'une d'entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement du crime reproché se sont bel et bien produits. [d.a., p. 54]

L'avocat de la défense n'a pas formulé d'objection à l'encontre de l'exposé. Le jury a rendu un verdict de culpabilité.

#### B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse*

[7] La juge Oland, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Fichaud, a appliqué l'arrêt *W. (D.)*. À son avis, la juge du procès n'a pas suffisamment expliqué les principes du doute

might have misunderstood the relationship between those two concepts. In her view:

While the *W. (D.)* phrasing is not a “magic incantation,” the trial judge’s instructions must get the message to the jury to satisfy the ultimate test — whether “the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply” (Cory J. in *W. (D.)*, supra, at p. [758 S.C.R.]).

((2007), 217 C.C.C. (3d) 52, 2007 NSCA 12, at para. 18)

Oland J.A. held that the jury instruction did not provide adequate guidance as to how the jury should proceed in their deliberations if they were “uncertain or unable to resolve the issue of credibility” (para. 21). Oland J.A. found that the instruction therefore failed to properly express the second *W. (D.)* principle, that “disbelief of the accused’s testimony does not exhaust the jury’s function” in assessing that testimony. “The jury must still consider whether the accused’s testimony leaves [them] with a reasonable doubt” (para. 22). In dissent, Saunders J.A. found the jury charge to be sufficient.

### III. Analysis

[8] A series of decisions over at least the past 20 years has affirmed and reaffirmed the proposition that where credibility is a central issue in a jury trial, the judge must explain the relationship between the assessment of credibility and the Crown’s ultimate burden to prove the guilt of the accused to the criminal standard. A general instruction on reasonable doubt without adverting to its relationship to the credibility (or lack of credibility) of the witnesses leaves open too great a possibility of confusion or misunderstanding. The so-called *W. (D.)* instruction has long roots: *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), at p. 556; *R. v. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184 (Alta. C.A.), at p. 186; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 362; *R. v. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (B.C.C.A.), at

raisonnable tels qu’ils s’appliquent à la crédibilité. Les jurés pourraient avoir mal compris le lien entre ces deux concepts. Selon elle :

[TRADUCTION] Même si la formulation de *W. (D.)* ne constitue pas une « incantation », l’exposé de la juge du procès doit transmettre le message aux jurés de manière à satisfaire au critère fondamental — soit celui de savoir si « le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent » (le juge Cory dans *W. (D.)*, précité, à la p. [758 R.C.S.]).

((2007), 217 C.C.C. (3d) 52, 2007 NSCA 12, par. 18)

La juge Oland a conclu que l’exposé au jury ne fournissait pas les explications voulues quant à la façon dont les jurés devaient délibérer [TRADUCTION] « s’ils avaient des doutes sur la question de la crédibilité ou s’ils étaient incapables de la résoudre » (par. 21). La juge Oland a conclu que l’exposé n’exprimait donc pas comme il se doit le deuxième principe énoncé dans *W. (D.)*, selon lequel la [TRADUCTION] « tâche des jurés en ce qui a trait à l’appréciation du témoignage de l’accusé n’est pas achevée du simple fait qu’ils n’y ajoutent pas foi. Les jurés doivent encore se demander si le témoignage de l’accusé soulève malgré tout un doute raisonnable dans leur esprit » (par. 22). Le juge Saunders, dissident, estimait que l’exposé au jury était suffisant.

### III. Analyse

[8] Une série de décisions confirment et réaffirment depuis au moins 20 ans que, lorsque la question de la crédibilité est au centre d’un procès avec jury, le juge doit expliquer le lien entre l’évaluation de la crédibilité et le fardeau ultime du ministère public de prouver la culpabilité de l’accusé selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Un exposé général sur le doute raisonnable, qui ne fait pas le lien entre cette notion et la crédibilité (ou le manque de crédibilité) des témoins, prête trop à confusion ou à équivoque. Les racines de l’exposé décrit dans *W. (D.)* sont anciennes : *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), p. 556; *R. c. Chan* (1989), 52 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Alb.), p. 186; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 362; *R. c. H. (C.W.)* (1991), 68 C.C.C. (3d) 146 (C.A.C.-B.),

p. 155; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, at pp. 219 and 239; *R. v. Levasseur*, [1994] 3 S.C.R. 518 (upholding Fish J.A.'s dissent reported at (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (Que. C.A.), at p. 534). *W. (D.)* has been cited by Canadian courts at all levels in no fewer than 3,743 subsequent reported cases. It has proven to be a fertile source of appellate review. For a recent application, see *R. v. C.L.Y.*, [2008] 1 S.C.R. 5, 2008 SCC 2.

[9] The passage from *W. (D.)* at issue in this case, as in so many others, is found at pp. 757-58, where Cory J. explained:

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on any recharge. A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

If that formula were followed, the oft repeated error which appears in the recharge in this case would be avoided. The requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is fundamental in our system of criminal law. Every effort should be made to avoid mistakes in charging the jury on this basic principle.

Nonetheless, the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply . . . .

Essentially, *W. (D.)* simply unpacks for the benefit of the lay jury what reasonable doubt means in the context of evaluating conflicting testimonial

p. 155; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, p. 219 et 239; *R. c. Levasseur*, [1994] 3 R.C.S. 518 (confirmant la dissidence du juge Fish, publiée à (1994), 89 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Qué.), p. 534). L'arrêt *W. (D.)* a été cité par les tribunaux canadiens de tous les niveaux dans au moins 3 743 causes subséquentes publiées. Il s'est avéré une source fertile d'examens en appel. Pour en consulter une application récente, voir l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, [2008] 1 R.C.S. 5, 2008 CSC 2.

[9] Le passage de *W. (D.)* qui entre en jeu en l'espèce — comme dans de nombreuses autres causes — se trouve aux p. 757-758, où le juge Cory a expliqué :

Idéalement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplémentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

Si on utilisait cette formule, on éviterait l'erreur qu'on trouve trop souvent dans les exposés supplémentaires. L'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est fondamentale dans notre système de droit criminel. Il faudrait prendre tous les moyens possibles pour éviter de commettre des erreurs dans les directives au jury sur ce principe fondamental.

Néanmoins, l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent . . . .

Essentiellement, l'arrêt *W. (D.)* explique tout simplement au bénéfice des jurés profanes en quoi consiste un doute raisonnable dans le contexte

accounts. It alerts the jury to the “credibility contest” error. It teaches that trial judges are required to impress on the jury that the burden never shifts from the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

[10] The precise formulation of the *W. (D.)* questions has been criticized. As to the first question, the jury may believe inculpatory elements of the statements of an accused but reject the exculpatory explanation. In *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, the accused did not testify, but his description of the killing of his daughter was put into evidence by way of statements to the police. His description of the event itself was obviously believed. The exculpatory explanation did not amount to a defence at law. He was convicted. The principle that a jury may believe some, none, or all of the testimony of any witness, including that of an accused, suggests to some critics that the first *W. (D.)* question is something of an oversimplification.

[11] As to the second question, some jurors may wonder how, if they believe *none* of the evidence of the accused, such rejected evidence may nevertheless *of itself* raise a reasonable doubt. Of course, some elements of the evidence of an accused may raise a reasonable doubt, even though the bulk of it is rejected. Equally, the jury may simply conclude that they do not know whether to believe the accused’s testimony or not. In either circumstance the accused is entitled to an acquittal.

[12] The third question, again, is taken by some critics as failing to contemplate a jury’s acceptance of inculpatory bits of the evidence of an accused but not the exculpatory elements. In light of these possible sources of difficulty, Wood J.A. in *H. (C.W.)* suggested an additional instruction:

de l’évaluation de témoignages contradictoires. Il attire l’attention des jurés sur l’erreur consistant à procéder à un « concours de crédibilité ». Il explique que les juges de première instance sont tenus de bien faire comprendre aux jurés que le ministère public n’est jamais dispensé du fardeau de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable.

[10] Le libellé précis des questions formulées dans *W. (D.)* a été critiqué. En ce qui a trait à la première question, le jury pourrait croire certains éléments inculpatatoires des déclarations d’un accusé tout en rejetant son explication disculpatoire. Dans *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, l’accusé n’a pas témoigné, mais sa description du meurtre de sa fille a été mise en preuve au moyen de ses déclarations à la police. Manifestement, les jurés ont cru à cette description de l’événement même. Toutefois, l’explication disculpatoire qu’il a donnée n’équivalait pas à une défense en droit. Il a été déclaré coupable. Le principe selon lequel un jury peut croire une partie ou la totalité des témoignages, notamment de celui de l’accusé, ou n’en rien croire, fait dire à certains critiques que la première question de *W. (D.)* simplifie en quelque sorte la démarche à outrance.

[11] En ce qui a trait à la deuxième question, certains jurés pourraient se demander comment, s’ils *ne croient rien* au témoignage de l’accusé, cette preuve qu’ils rejettent pourrait néanmoins soulever *en soi* un doute raisonnable. Bien entendu, certains extraits du témoignage de l’accusé peuvent soulever un doute raisonnable, même si la majeure partie de ses déclarations est rejetée. De même, les jurés peuvent simplement conclure qu’ils ignorent s’ils doivent croire ou non le témoignage de l’accusé. Dans un cas comme dans l’autre, l’accusé a le droit d’être acquitté.

[12] Pour certains critiques, la troisième question omet, elle aussi, d’envisager la situation où un jury accepte les extraits inculpatatoires du témoignage d’un accusé tout en en rejetant les passages disculpatoires. Étant donné ces sources éventuelles de difficultés, le juge Wood de la Cour d’appel a suggéré dans *H. (C.W.)* de donner une directive supplémentaire :

I would add one more instruction in such cases, which logically ought to be second in the order, namely: “If, after a careful consideration of all the evidence, you are unable to decide whom to believe, you must acquit.” [p. 155]

[13] In short the *W. (D.)* questions should not have attributed to them a level of sanctity or immutable perfection that their author never claimed for them. *W. (D.)*'s message that it must be made crystal clear to the jury that the burden *never* shifts from the Crown to prove *every* element of the offence beyond a reasonable doubt is of fundamental importance but its application should not result in a triumph of form over substance. In *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, Cory J. reiterated that the *W. (D.)* instructions need not be given “word for word as some magic incantation” (p. 533). In *R. v. Avetyasan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, Major J. for the majority pointed out that in any case where credibility is important “[t]he question is really whether, in substance, the trial judge’s instructions left the jury with the impression that it had to choose between the two versions of events” (para. 19). The main point is that lack of credibility on the part of the accused does not equate to proof of his or her guilt beyond a reasonable doubt.

[14] In the present case Oland J.A. agreed that the trial judge did not “call upon the jury to simply decide which of the complainant or [the accused] it believed” (para. 20). Nevertheless, in her view:

The charge only instructed that probable guilt was not enough to meet the standard of proof beyond a reasonable doubt, that the appellant was to be given the benefit of the doubt, and they did not have to accept or reject all of the testimony of any witness including his, and that they were to consider all of the evidence. Nowhere did it provide any guidance as to how, in the event they were uncertain or unable to resolve the issue of credibility, they were to proceed with their deliberations. The charge failed to direct that if the jury did not believe the testimony of the accused but were left in

[TRADUCTION] Dans ces cas, j’ajouterais la directive supplémentaire suivante qui, logiquement, devrait être la deuxième : « Si, après un examen minutieux de tous les éléments de preuve, vous êtes incapables de décider qui croire, vous devez prononcer l’acquiescement. » [p. 155]

[13] Bref, il ne faudrait pas attribuer aux questions énoncées dans *W. (D.)* un caractère sacré ou un degré de perfection immuable que leur auteur n’a jamais revendiqué pour elles. Le message transmis par *W. (D.)* — soit que le jury doit être informé de manière limpide que le ministère public *n’est jamais* libéré du fardeau de prouver *tous* les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable — est d’une importance capitale; son application ne devrait toutefois pas laisser la forme l’emporter sur le fond. Dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, le juge Cory a réitéré que les directives énoncées dans *W. (D.)* n’ont pas à être récitées « mot à mot comme une incantation » (p. 533). Dans *R. c. Avetyasan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, le juge Major qui s’exprimait au nom des juges de la majorité a souligné que, dans toutes les causes où la question de la crédibilité revêt de l’importance, « [c]e qu’il importe vraiment de déterminer, c’est essentiellement si les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression qu’il devait choisir entre les deux versions des événements » (par. 19). L’essentiel c’est que le manque de crédibilité de l’accusé n’équivaut pas à une preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[14] En l’espèce, la juge Oland de la Cour d’appel a convenu que la juge du procès n’a pas [TRADUCTION] « demandé aux jurés de décider simplement s’ils croyaient la plaignante ou [l’accusé] » (par. 20). Toutefois, à son avis :

[TRADUCTION] L’exposé ne faisait qu’informer les jurés que la culpabilité probable ne suffisait pas pour satisfaire à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, qu’il fallait accorder le bénéfice du doute à l’appelant, qu’ils n’avaient pas à accepter ou à rejeter globalement le témoignage d’un témoin, notamment de l’accusé, et qu’ils devaient tenir compte de tous les éléments de preuve. Nulle part l’exposé n’expliquait-il comment les jurés devaient délibérer s’ils avaient des doutes sur la question de la crédibilité ou s’ils étaient incapables de la résoudre. Dans son exposé, la juge du

a reasonable doubt by that evidence, they must acquit.  
[Underlining added; para. 21.]

In my view, with respect, the reasoning of the majority brushes uncomfortably close to the “magic incantation” error. At the end of the day, reading the charge as a whole, I believe the instruction to this jury satisfied the ultimate test formulated by Cory J. in *W. (D.)* as being whether “the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply” (p. 758).

[15] Here the trial judge explained that any reasonable doubt must be resolved in favour of the accused. She also explained that even if they did not accept all of the accused’s testimony, they could still accept some of it. She also explained to the jury that they should *not* see their task as that of deciding between two versions of events. She told them that they could not decide the case simply by choosing between the evidence of the complainant and that of the accused. She reminded them, in that context, that they must consider *all* of the evidence when determining reasonable doubt. She stated:

You do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with another, or choosing one of them. You have to consider all the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crime charged, in fact, took place. [A.R., at p. 54]

... Again, you do not decide whether something happened simply by comparing one version of events with the other, or by choosing one of them. You have to consider all of the evidence and decide whether you have been satisfied beyond a reasonable doubt that the events that form the basis of the crimes charges, in fact, took place. [A.R., at p. 55]

procès a omis d’indiquer que, si les jurés ne croyaient pas le témoignage de l’accusé mais que celui-ci semait un doute raisonnable dans leur esprit, ils devaient prononcer l’acquittement. [Je souligne; par. 21.]

J’estime, avec égards, que le raisonnement des juges de la majorité frôle de façon inquiétante l’erreur de « l’incantation ». En définitive, je suis d’avis que, si on lit l’exposé comme un tout, les directives données au jury satisfaisaient au critère fondamental formulé par le juge Cory dans *W. (D.)*, soit que « le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent » (p. 758).

[15] En l’espèce, la juge du procès a expliqué que l’accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable. Elle a aussi expliqué aux jurés que, même s’ils n’acceptaient pas intégralement le témoignage de l’accusé, ils pouvaient malgré tout en accepter des parties. Elle leur a aussi expliqué qu’ils *ne* devaient *pas* penser que leur tâche consistait à choisir entre deux versions des événements. Elle leur a dit qu’ils ne pouvaient décider de la cause simplement en choisissant entre le témoignage de la plaignante et celui de l’accusé. Elle leur a rappelé, dans ce contexte, qu’ils devaient tenir compte de *tous* les éléments de preuve pour déterminer s’il subsistait un doute raisonnable dans leur esprit. Elle a affirmé :

[TRADUCTION] Vous ne décidez pas si quelque chose s’est produit simplement en comparant une version des événements à une autre ou en choisissant l’une d’entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement du crime reproché se sont bel et bien produits. [d.a., p. 54]

... Je le répète, vous ne décidez pas si quelque chose s’est produit simplement en comparant une version des événements à l’autre ou en choisissant l’une d’entre elles. Vous devez examiner tous les éléments de preuve et décider si vous avez été convaincus hors de tout doute raisonnable que les événements qui constituent le fondement des chefs d’accusation se sont bel et bien produits. [d.a., p. 55]



[16] In my view, the trial judge got across the point of the second *W. (D.)* question without leaving any realistic possibility of misunderstanding. As stated, she told the jury:

It is for the Crown counsel to prove beyond a reasonable doubt that the events alleged in fact occurred. It is not for [the accused] to prove that these events never happened. If you have a reasonable doubt whether the events alleged ever took place, you must find him not guilty. [Emphasis added; A.R., at p. 54.]

[17] There was much discussion at the hearing about defence counsel's failure to object. In my view, he correctly ascertained that the jury had been adequately instructed on the relationship between the assessment of credibility and the ultimate determination of guilt beyond a reasonable doubt. Before the recharge was given he told the trial judge he would "feel more comfortable if simply the wording that was read previously was re-read to the jury again" (A.R., at p. 77). He discharged his duty to the respondent.

#### IV. Disposition

[18] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the conviction.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Garson Pink, Halifax.*

[16] À mon avis, la juge du procès a bien expliqué le sens de la deuxième question énoncée dans *W. (D.)*, sans qu'il subsiste de réelles possibilités de méprise. Comme je l'ai mentionné, elle a dit aux jurés :

[TRADUCTION] Le ministère public a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que les événements allégués se sont effectivement produits. Ce n'est pas à [l'accusé] de prouver que ces événements ne se sont jamais produits. Si vous avez un doute raisonnable quant à la survenance des événements allégués, vous devez le déclarer non coupable. [Je souligne; d.a., p. 54.]

[17] À l'audience, le fait que l'avocat de la défense n'a formulé aucune objection a été débattu abondamment. À mon avis, il a estimé à bon droit que les jurés avaient reçu des directives adéquates sur le lien entre l'évaluation de la crédibilité et la détermination ultime de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Avant que la juge du procès ne fasse un nouvel exposé, l'avocat de la défense lui a dit qu'il [TRADUCTION] « serai[t] plus à l'aise si le texte qui avait été lu auparavant était simplement relu à l'intention du jury » (d.a., p. 77). Il s'est acquitté de son devoir envers l'intimé.

#### IV. Dispositif

[18] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé : Garson Pink, Halifax.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**L.M.** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. L.M.**

**Neutral citation: 2008 SCC 31.**

File No.: 31577.

2007: November 14; 2008: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Criminal law — Sentencing — Maximum sentence — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Sentencing judge stating that accused had committed worst crime in worst circumstances and imposing maximum sentence on count of sexual assault — Principles applicable to imposition of maximum sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 718.1, 718.2, 718.3.*

*Criminal law — Appeal against sentence — Principles applicable to intervention by appellate court in appeal against sentence.*

*Criminal law — Sentencing — Long-term offender — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Crown applying for finding that accused is long-term offender — Whether long-term offender's period of community supervision must be taken into account in determining appropriate term of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753.1.*

The accused was convicted of sexually assaulting his four-year-old daughter and of making, distributing and possessing child pornography. At the time of his arrest, his computer contained approximately 5,300 pornographic photographs and 540 pornographic videos involving children. Many of the photographs were either of his daughter or a friend of his daughter,

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**L.M.** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. L.M.**

**Référence neutre : 2008 CSC 31.**

N° du greffe : 31577.

2007 : 14 novembre; 2008 : 29 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Détermination de la peine — Peine maximale — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Juge chargé de la détermination de la peine estimant que l'accusé avait commis le pire crime dans les pires circonstances et infligeant la peine maximale pour le chef d'agression sexuelle — Quels critères gouvernent l'infliction d'une peine maximale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 718.1, 718.2, 718.3.*

*Droit criminel — Appel d'une sentence — Critères d'intervention d'une cour d'appel dans le cadre d'un appel sur la peine.*

*Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant à contrôler — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Ministère public déposant une demande en vue de faire déclarer l'accusé délinquant à contrôler — La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753.1.*

L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fille de quatre ans ainsi que de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. Lors de son arrestation, son ordinateur contenait environ 5 300 photographies et 540 animations pornographiques où figuraient des enfants. Plusieurs des photographies avaient pour sujet sa fille ou une amie de

or of both of them. Furthermore, this was not the first time the accused had been in trouble with the law for sexual assaults on minors. Stressing that he had committed the “worst crime in the worst circumstances”, the trial judge imposed the maximum sentence of 10 years for the count of sexual assault and a consecutive sentence for the other counts, resulting in a global sentence of 15 years. Because of the record of the accused and the high risk that he would reoffend, the trial judge also found him to be a long-term offender and ordered that he be supervised in the community for a period not exceeding 10 years. On the basis that certain facts had not been proven and that the maximum sentence for sexual assault was not warranted, the majority of the Court of Appeal reduced the global sentence imposed on the accused from 15 to 9 years.

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The sentence imposed by the trial judge should be restored. Appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where appeals against sentence are concerned and should intervene to vary sentences imposed at trial only if the sentences are demonstrably unfit. In the instant case, the majority of the Court of Appeal did not meet this requirement of deference. Rather, it substituted its own assessment for that of the trier of fact and reviewed the exercise of her discretion without a valid reason. [14-16]

In sentencing matters, the trial judge enjoys considerable discretion because of the individualized nature of the process. To arrive at an appropriate sentence, the judge must weigh the normative principles set out by Parliament in ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*. Although exceptional in nature, the maximum sentence is not reserved for the worst crime committed in the worst circumstances; it must be imposed if warranted in light of the normative principles of the *Code*, applied in an individualized context, and of the circumstances. The trial judge’s decision will continue to be dictated by the fundamental principle that a “sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. [17] [20-22]

In the instant case, the sentence imposed by the trial judge was proportionate to the gravity of the acts of the accused, and the mitigating and aggravating circumstances and the objectives of the *Code* were accounted

sa fille, ou les deux. L’accusé n’en était pas non plus à ses premiers démêlés avec la justice relativement à des agressions sexuelles sur des enfants mineurs. Soulignant qu’il avait commis le « pire crime dans les pires circonstances », la juge du procès lui a infligé la sentence maximale de 10 ans pour le chef d’agression sexuelle ainsi qu’une peine consécutive pour les autres chefs, totalisant une peine globale de 15 ans. En raison des antécédents de l’accusé et du haut risque de récidive qu’il présentait, la juge du procès l’a également déclaré délinquant à contrôler et l’a soumis à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période maximale de 10 ans. Considérant que certains faits n’avaient pas été prouvés et que la peine maximale pour l’agression sexuelle ne se justifiait pas, la majorité de la Cour d’appel a réduit la peine globale infligée à l’accusé de 15 à 9 ans.

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : La sentence prononcée par la juge du procès doit être rétablie. Les tribunaux d’appel doivent faire preuve d’une grande retenue dans l’examen des décisions des juges de première instance à l’occasion d’un appel de la sentence et ne devraient intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée. En l’espèce, la majorité de la Cour d’appel n’a pas respecté cette exigence de retenue et de déférence. Elle s’est plutôt substituée au juge des faits et a révisé sans motif valable l’exercice de sa discrétion. [14-16]

En matière de détermination de la peine, le juge du procès dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire en raison de la nature individualisée du processus. Dans sa recherche d’une sentence adéquate, il doit pondérer les principes normatifs prévus par le législateur aux art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel*. Bien que de nature exceptionnelle, la peine maximale n’est pas réservée au pire crime commis dans les pires circonstances; elle doit être infligée si les principes normatifs du *Code*, appliqués dans un contexte individualisé, et les circonstances le justifient. C’est encore le principe fondamental selon lequel la « peine [sera] proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » qui dictera la décision du juge du procès. [17] [20-22]

Dans la présente affaire, la peine infligée par la juge du procès était proportionnelle à la gravité des actes de l’accusé et tenait compte des circonstances atténuantes et aggravantes ainsi que des objectifs prévus au *Code*.

for. The acts of the accused were highly reprehensible, and the evidence convinced the judge that they were sufficiently serious, and the accused sufficiently blameworthy, to warrant the maximum sentence. Since the sentence was not unreasonable, the Court of Appeal should not have intervened to vary it. The Court of Appeal's finding that penetration had not been proven beyond a reasonable doubt constitutes an improper reassessment of the evidence in the absence of a reviewable error in the trial judge's assessment of the facts. Finally, the Court of Appeal could not give the principle — provided for in s. 718.2 of the *Code* — that sentences should be similar to other sentences imposed in similar circumstances priority over the principle of deference to the trial judge's exercise of discretion, since the sentence was not vitiated by an error in principle and the trial judge had not imposed a sentence that was clearly unreasonable by failing to give adequate consideration to certain factors or by improperly assessing the evidence. [30] [33] [35] [53]

The sentencing judge must not take the period of supervision of the accused in the community as a long-term offender into account when determining the acceptable length of his or her incarceration. Even though a judge determining the length of a sentence of imprisonment will also receive the application to find the offender to be a long-term offender before passing sentence, it is important to remain faithful to the conceptual distinction between sentencing and the imposition of a supervision period. A judge who confuses these two processes risks straying from the normative principles and the objectives of sentencing. The principal objective of a prison sentence is punishment, although a number of factors are considered in determining its length, including the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, the parity principle and the possibility of imposing a less restrictive sanction. In contrast, the objectives of the supervision of an offender are to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into society; the length of this period of supervision is based on an offender's criminal past and on the likelihood that he or she will reoffend. In the instant case, the trial judge correctly applied the objectives and principles relating to the two types of decisions. [46-50] [53]

*Per Fish J. (dissenting):* While trial judges are entitled to considerable deference in sentencing matters, the majority of the Court of Appeal did not err in varying the sentence imposed by the trial judge because of the excessive severity of the impugned sentences in relation to the sentences imposed in reasonably similar cases. On an appeal against sentence, a court of appeal

Les gestes commis par l'accusé étaient hautement répréhensibles et la preuve a persuadé la juge qu'ils étaient suffisamment graves et que l'accusé était suffisamment à blâmer pour justifier une peine maximale. Puisque la sentence n'était pas déraisonnable, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir pour la modifier. De plus, le rejet par la Cour d'appel de la preuve de pénétration hors de tout doute raisonnable représente une réévaluation inadmissible de la preuve en l'absence d'erreur révisable dans l'appréciation des faits par la juge du procès. Finalement, la Cour d'appel ne pouvait prioriser le principe d'harmonisation des peines prévu à l'art. 718.2 du *Code* au détriment de la règle du respect de la discrétion de la juge du procès, dans la mesure où la sentence n'était pas entachée d'une erreur de principe et où la juge du procès n'avait pas infligé une peine nettement déraisonnable en accordant une attention inadéquate à des facteurs particuliers ou en évaluant incorrectement la preuve. [30] [33] [35] [53]

Le juge chargé de la détermination de la peine ne doit pas tenir compte de la période de surveillance dans la collectivité de l'accusé en tant que délinquant à contrôler au moment où il détermine la durée acceptable de son incarcération. Même si le juge qui fixe la peine d'emprisonnement sera également saisi de la demande de déclaration de délinquant à contrôler avant d'avoir prononcé sa sentence, il est important de rester fidèle à la distinction conceptuelle entre la détermination de la peine et l'imposition d'une période de surveillance. Leur confusion risque de porter atteinte au respect des principes normatifs et des objectifs de la peine. L'objectif premier d'une peine de prison demeure le châtement bien que sa durée soit tempérée par plusieurs facteurs dont la gravité de l'infraction, le niveau de responsabilité du délinquant, le principe de la parité, et la possibilité d'une sanction moins contraignante. Par contre, l'objectif de la mesure de surveillance d'un délinquant à contrôler est la prévention contre la récidive et la protection du public au cours d'une période de réinsertion sociale contrôlée; la durée de cette surveillance est basée sur le passé criminel et les risques de récidive du délinquant. En l'espèce, la juge du procès a appliqué correctement les objectifs et les principes propres aux deux types de décisions. [46-50] [53]

*Le juge Fish (dissident) :* Bien qu'il faille faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions du juge du procès en matière de détermination de la peine, les juges de la majorité de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en modifiant les peines infligées par la juge du procès en raison de leur sévérité excessive par rapport aux peines imposées dans des cas raisonnablement

is required by s. 687 of the *Criminal Code* to “consider the fitness of the sentence appealed against”, and the court is expressly empowered to vary the sentence if it finds the sentence unfit. In determining a fit sentence, Parliament has now recognized in s. 718.2(b) of the *Code* that parity is a principle that trial judges must consider. Failure to do so adequately thus amounts in itself to a reviewable error in principle: appellate intervention does not depend on the existence of an additional error in principle as well. However, the disparity of an impugned sentence will only justify appellate intervention where, as the majority of the Court of Appeal found was the case here, the sentence imposed by the trial judge represents a substantial and marked departure from sentences customarily imposed on similar offenders for committing similar crimes. [55-56] [63-65]

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16; **distinguished:** *R. v. M.P.*, [2005] Q.J. No. 78 (QL), 2005 QCCA 7; **referred to:** *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Beaulieu v. R.*, [2007] Q.J. No. 2116 (QL), 2007 QCCA 403; *Corneau v. R.*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. v. Ménard*, [2002] Q.J. No. 5271 (QL); *R. v. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66; *R. v. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205; *R. v. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 152, 153, 161(2)(a), 163.1, 172.1, 173(2), 271, 272, 273, 687, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 752.1(1), 753, 753.1, 810.1.

### Authors Cited

Canada. Public Safety Canada. “Long term offender designation”, updated October 2006 (online: <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx>).

semblables. Lorsque la sentence est portée en appel, l’art. 687 du *Code criminel* exige que la cour d’appel considère « la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et lui confère expressément le pouvoir de la modifier si elle conclut qu’elle est inappropriée. Le législateur a maintenant reconnu, à l’al. 718.2(b) du *Code*, que les juges du procès sont tenus de considérer le principe de la parité pour déterminer quelle est la peine appropriée. Leur omission d’en tenir dûment compte constitue en soi une erreur de principe révisable : une intervention en appel n’est pas subordonnée à l’existence d’une erreur de principe additionnelle. Toutefois, la disparité d’une peine contestée ne justifie une intervention en appel que dans les cas où — comme la Cour d’appel à la majorité a jugé que c’était le cas en l’espèce — la peine infligée par le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants similaires pour des crimes similaires. [55-56] [63-65]

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêt appliqué :** *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. M.P.*, [2005] J.Q. n° 78 (QL), 2005 QCCA 7; **arrêts mentionnés :** *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Beaulieu c. R.*, [2007] J.Q. n° 2116 (QL), 2007 QCCA 403; *Corneau c. R.*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. c. Ménard*, [2002] J.Q. n° 5271 (QL); *R. c. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66; *R. c. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205; *R. c. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 151, 152, 153, 161(2)(a), 163.1, 172.1, 173(2), 271, 272, 273, 687, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 752.1(1), 753, 753.1, 810.1.

### Doctrine citée

Canada. Sécurité publique Canada. « Désignation de délinquant à contrôler », mise à jour octobre 2006 (en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx>).

Dadour, François. *De la détermination de la peine: principes et applications*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Ferris, Thomas W. *Sentencing: Practical Approaches*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Nuss, Morin and Côté JJ.A.), [2006] R.J.Q. 1354, 39 C.R. (6th) 133, [2006] Q.J. No. 4966 (QL), 2006 CarswellQue 4631, 2006 QCCA 735, setting aside the sentencing decision rendered by Wilhelmy J.C.Q., J.E. 2006-525, SOQUIJ AZ-50340372, [2005] Q.J. No. 15934 (QL), 2005 CarswellQue 9973. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

*Benoît Lauzon, Michel Pennou and Lori Renée Weitzman*, for the appellant.

*Yves Gratton*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

### A. *Nature of the Case*

[1] In this appeal, the Court must reconsider certain sentencing principles, and in particular those relating to maximum sentences. The case also raises difficulties flowing from the relationship between the procedure of the application for a finding that an offender is a long-term offender under s. 753.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), and the process for determining the appropriate sentence.

[2] The respondent, L.M., was convicted of sexually assaulting his daughter and of making, distributing and possessing child pornography. The trial judge imposed the maximum sentence on him

Dadour, François. *De la détermination de la peine : principes et applications*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Ferris, Thomas W. *Sentencing : Practical Approaches*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Nuss, Morin et Côté), [2006] R.J.Q. 1354, 39 C.R. (6th) 133, [2006] J.Q. n° 4966 (QL), 2006 CarswellQue 4631, 2006 QCCA 735, qui a infirmé la décision relative à la détermination de la peine rendue par la juge Wilhelmy, J.E. 2006-525, SOQUIJ AZ-50340372, [2005] J.Q. n° 15934 (QL), 2005 CarswellQue 9973. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

*Benoît Lauzon, Michel Pennou et Lori Renée Weitzman*, pour l’appelante.

*Yves Gratton*, pour l’intimé.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

### A. *Nature du dossier*

[1] Dans le présent appel, notre Cour doit examiner de nouveau certains principes de détermination de la peine, notamment à l’égard des peines maximales. L’affaire soulève aussi des difficultés relatives aux rapports entre l’application de la procédure de demande de déclaration de délinquant à contrôler en vertu de l’art. 753.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), et la méthode de détermination de la peine appropriée.

[2] L’intimé, L.M., a été reconnu coupable d’agression sexuelle sur sa fille ainsi que de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. La juge du procès lui a infligé la peine

for the count of sexual assault and a consecutive sentence for the counts of making, distributing and possessing child pornography. She also found him to be a long-term offender and ordered him to be supervised in the community for a period of 10 years. L.M. appealed the sentence to the Court of Appeal. The majority of that court allowed the appeal and reduced the global sentence imposed by the trial judge. For the reasons that follow, I would restore that sentence.

### B. *Origin of the Case*

[3] In 2002, Switzerland's federal police were investigating an international ring of pedophiles that included groups suspected of distributing child pornography on the Internet. In the course of this investigation, Swiss police officers contacted the Sûreté du Québec ("S.Q.") after identifying two Quebecers in Internet user groups whose names included the root "sampi" (for "*sans pilosité*", meaning "hairless"). The first of these men revealed L.M.'s identity to the S.Q. Upon entering L.M.'s home, S.Q. officers noted that several items found there confirmed the origin of photographs discovered on the Internet, not to mention that the child who opened the door, R.M., the daughter of the accused, L.M., appeared in some of those photographs.

[4] The investigation and trial revealed that the childhood of R.M., one of the respondent's four children, had been nightmarish. R.M. was her father's principal victim, having been sexually assaulted between the ages of two and four. The evening of L.M.'s arrest, R.M. was questioned by police. According to her highly candid testimony, related in the words of a four-year-old child, this little girl had been regularly photographed in the nude by her father, who periodically touched her sexually, penetrated her and spent the night with her in what they referred to as the [TRANSLATION] "love room".

[5] During that time, L.M. made money distributing child pornography on the Internet. At the time of his arrest, his computer contained approximately

maximale pour le chef d'agression sexuelle ainsi qu'une peine consécutive pour les chefs de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. Elle l'a également déclaré délinquant à contrôler et l'a soumis pour une période de 10 ans à une surveillance au sein de la collectivité. L.M. a porté la sentence en appel devant la Cour d'appel. À la majorité, celle-ci a accueilli le pourvoi et réduit la peine globale infligée par la juge du procès. Pour les motifs qui suivent, je rétablirais la sentence prononcée par la juge de première instance.

### B. *Origine du litige*

[3] En 2002, la police fédérale suisse menait une enquête au sujet d'un réseau international de pédophilie qui comprenait des groupes soupçonnés de distribuer de la pornographie juvénile sur Internet. Au cours de cette enquête, des policiers suisses ont contacté la Sûreté du Québec (« S.Q. ») après avoir identifié deux Québécois parmi des groupes d'internautes dont les noms comprenaient la racine « sampi » (signifiant « sans pilosité »). Le premier de ces hommes a fourni l'identité de L.M. à la S.Q. À leur entrée dans le domicile de L.M., les agents de la S.Q. ont constaté que plusieurs éléments du décor confirmaient l'origine de photographies trouvées sur Internet, sans compter que l'enfant leur ayant ouvert la porte, R.M., fille de l'accusé L.M., figurait sur certaines de ces photographies.

[4] L'enquête et le procès ont révélé que l'enfance de R.M., l'une des quatre enfants de l'intimé, relève du cauchemar. Victime principale de son père, R.M. a été agressée sexuellement entre les âges de deux et quatre ans. Le soir de l'arrestation de L.M., R.M. a été interrogée par les policiers. Fort candide, son témoignage relate, dans les mots d'une enfant de quatre ans, que la petite était régulièrement photographiée nue par son père, que ce dernier procédait périodiquement à des attouchements de nature sexuelle à son égard, qu'il l'avait pénétrée et que, la nuit, il partageait avec sa fille ce qu'ils appelaient la « chambre d'amour ».

[5] Pendant ce temps, L.M. tirait un revenu de la distribution de pornographie juvénile sur Internet. Lors de son arrestation, son ordinateur contenait

5,300 pornographic photographs and 540 pornographic videos involving children. Many of the photographs were either of R.M. or A., a four-year-old child who regularly visited L.M.'s home, or of both of them. For example, one of the hard drives seized by the S.Q. contained a series of 33 pictures of R.M. in which she first appears dressed as a princess, after which the final photographs are close-up shots of her genitals.

[6] L.M.'s arrest was not the first time he had been in trouble with the law. At the age of 17, he had been convicted of sexually assaulting a six-year-old girl. At 24, he was charged with sexually assaulting a minor, but the proceedings were terminated when he entered into a recognizance under s. 810.1 *Cr. C.* (sentencing decision, [2005] Q.J. No. 15934 (QL), at para. 38; judgment on long-term offender designation, [2005] Q.J. No. 15933 (QL), at para. 30).

### C. *Judgments of the Courts Below*

#### (1) Court of Québec

##### (a) *Conviction*

[7] L.M. pleaded guilty on the counts of possessing and distributing child pornography but contested the charges of making child pornography and sexual assault. At the end of the trial, Judge Wilhelmy found that the Crown had proven L.M.'s guilt on these counts. Regarding the sexual assault charge, Judge Wilhelmy found R.M.'s testimony highly reliable and credible because of what she said and the circumstances in which she said it ([2005] Q.J. No. 1215 (QL), at paras. 151-52). Furthermore, according to Judge Wilhelmy, virtual conversations on an ICQ chat site traced back to the computer of the accused confirmed the assault against R.M. (paras. 104, 123-24 and 155). The conviction is not contested in this Court.

environ 5 300 photographies et 540 animations pornographiques où figuraient des enfants. Plusieurs des photographies ont pour sujet soit R.M. ou A., une enfant de quatre ans qui fréquentait le domicile de L.M., soit les deux enfants. Par exemple, un des disques durs saisis par la S.Q. contenait une série de 33 images de R.M., où on la voit d'abord habillée en princesse et dont les dernières photographies présentent des plans rapprochés de ses parties génitales.

[6] Au moment de son arrestation, L.M. n'en était pas à ses premiers démêlés avec la justice. À l'âge de 17 ans, il a été déclaré coupable d'agression sexuelle sur une enfant de six ans. À l'âge de 24 ans, il a été accusé d'agression sexuelle sur un enfant mineur, cette procédure s'étant terminée par la signature d'un engagement en vertu de l'art. 810.1 *C. cr.* (jugement sur la peine, [2005] J.Q. n° 15934 (QL), par. 38; jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, [2005] J.Q. n° 15933 (QL), par. 30).

### C. *Jugements des cours inférieures*

#### (1) Cour du Québec

##### a) *Culpabilité*

[7] L.M. a admis sa culpabilité quant aux chefs de possession et de distribution de pornographie juvénile, mais a contesté les accusations de fabrication de pornographie juvénile et d'agression sexuelle. Au terme du procès, la juge Wilhelmy a conclu que la Couronne avait démontré la culpabilité de L.M. relativement à tous ces chefs. Dans son examen de l'accusation d'agression sexuelle, la juge Wilhelmy a reconnu un haut niveau de fiabilité et de crédibilité au témoignage de R.M. en raison de la teneur de ses propos et des circonstances de leur dévoilement ([2005] J.Q. n° 1215 (QL), par. 151-152). De plus, d'après la juge Wilhelmy, des conversations virtuelles sur le site de clavardage ICQ retracées sur l'ordinateur de l'accusé ont confirmé l'agression contre R.M. (par. 104, 123-124 et 155). La déclaration de culpabilité n'est pas remise en cause devant notre Cour.



(b) *Sentence*

[8] Eight months later, Judge Wilhelmy rendered her sentencing decision. In her opinion, there were several aggravating factors in the circumstances of the case. They included the repeated assaults on a very young child; the parental relationship with and position of authority over her; the creation of pornographic images and their distribution over the Internet or, in other words, around the world; and the criminal record of the accused (sentencing decision, at paras. 59 and 61). The trial judge then stated that the accused had committed the [TRANSLATION] “worst crime . . . in the worst circumstances” (para. 65). For these reasons, Judge Wilhelmy sentenced L.M. to the maximum penalty of 10 years’ imprisonment on the count of sexual assault and to 3, 5 and 5 years respectively on those of possessing, making and distributing child pornography. The global sentence was 15 years, as the sentences on the pornography-related counts were to be served concurrently with each other, but consecutively to the sentence for sexual assault. Finally, Judge Wilhelmy reduced the sentence for sexual assault by 16 months to give the accused credit for time spent in remand custody.

[9] That same day, in a separate judgment, the trial judge ruled on a motion by the Crown for a finding that the accused is a long-term offender and an order that he be supervised in the community for a period of 10 years under s. 753.1 *Cr. C.* In her opinion, the imposition of a period of supervision such as this cannot affect the length of the period of deprivation of liberty, as determined at the time of sentencing (judgment on long-term offender designation, at para. 18). According to Judge Wilhelmy, in setting the length of the period of supervision that was to follow the sentence, she had to consider in particular the risk that the offender would reoffend, which she thought to be substantial, and the fact that his sexual deviance was deeply rooted (paras. 27 and 30). She therefore ordered a 10-year supervision period, the maximum permitted by law.

b) *Sentence*

[8] Huit mois plus tard, la juge Wilhelmy a prononcé son jugement sur la détermination de la peine. À son avis, les circonstances de ce dossier révélaient plusieurs facteurs aggravants. Parmi ceux-ci se retrouvaient les assauts répétés sur une très jeune enfant, le lien de filiation et d’autorité avec celle-ci, la création d’images pornographiques et leur distribution sur l’Internet, autrement dit à l’échelle planétaire, et les antécédents criminels de l’accusé, etc. (jugement sur la peine, par. 59 et 61). La première juge a alors estimé que l’accusé avait commis le « pire crime [. . .] dans les pires circonstances » (par. 65). Pour ces motifs, la juge Wilhelmy a condamné L.M. à la peine maximale de 10 ans pour le chef d’agression sexuelle et à des peines respectives de 3, 5 et 5 ans pour possession, production et distribution de pornographie juvénile. La peine globale atteignait 15 ans, les peines relatives à la pornographie devant être purgées de manière concurrente, mais consécutivement à celle pour agression sexuelle. Enfin, la juge Wilhelmy a soustrait 16 mois à la peine pour agression sexuelle en raison du temps passé en détention avant le prononcé de la sentence.

[9] Le même jour, dans un jugement distinct, la première juge a statué sur une requête de la Couronne pour faire déclarer l’accusé délinquant à contrôler et ordonner qu’il soit soumis pour une période de 10 ans à une surveillance au sein de la collectivité, en vertu de l’art. 753.1 *C. cr.* Selon son opinion, l’imposition d’une telle période de surveillance ne saurait affecter la durée de la privation de liberté déterminée au moment de l’infliction de la peine (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 18). La juge Wilhelmy a estimé devoir fixer la période de surveillance postérieure à l’exécution de la sentence principalement en fonction du risque de récidive présenté par le prévenu, risque qu’elle croyait élevé, et du caractère bien ancré de sa déviance sexuelle (par. 27 et 30). Sur cette base, la juge a fixé la période de surveillance à 10 ans, soit le maximum prévu par la loi.

(2) Court of Appeal, [2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735

[10] L.M. appealed the sentence to the Quebec Court of Appeal. The appeal was allowed in part by the majority of that court. I will now summarize the reasons of the majority and those of the dissent.

(a) *Reasons of the Majority*

[11] For reasons written primarily by Côté J.A., the majority of the Court of Appeal allowed L.M.'s appeal and reduced the sentence imposed by the Court of Québec, which they found inappropriate. In Côté J.A.'s view, certain facts, the acts of penetration in particular, had not been proven. After weighing the factors she considered to have been proven and the holdings in cases she considered to be comparable, Côté J.A. concluded that the maximum sentence for sexual assault was unwarranted. In her opinion, this was not the worst crime committed in the worst circumstances. She therefore reduced the sentence for sexual assault to 6 years. Côté J.A. also reduced the concurrent sentences for making and distributing child pornography to 3 years. The global sentence imposed on L.M. was thus reduced from 15 to 9 years, less 16 months for the time spent in remand custody. However, Côté J.A. upheld the 10-year supervision period. Nuss J.A. concurred with his colleague's proposed disposition, but expressed reservations about adopting the concept of the [TRANSLATION] "worst crime committed in the worst circumstances".

(b) *Reasons of the Dissent*

[12] Morin J.A., dissenting, would have upheld the sentence imposed by the Court of Québec. In his view, the majority's intervention in the trial judge's assessment of the facts was unwarranted, as was their interference with the exercise of her sentencing discretion. He added that following Côté J.A.'s line of reasoning, it would never be possible to impose the maximum sentences provided for in the *Criminal Code* (para. 83).

(2) Cour d'appel, [2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735

[10] L.M. a interjeté appel de la sentence devant la Cour d'appel du Québec. Ce pourvoi a été accueilli en partie par la majorité de cette cour. Je résumerai ici les motifs de la majorité et ceux de la dissidence.

a) *Motifs de la majorité*

[11] Pour des motifs rédigés principalement par la juge Côté, la majorité de la Cour d'appel a fait droit au pourvoi de L.M. et réduit la peine que lui avait infligée la Cour du Québec parce qu'elle aurait été inappropriée. La juge Côté a estimé que certains faits, notamment des actes de pénétration, n'avaient pas été prouvés. En pesant les facteurs qu'elle jugeait établis et la jurisprudence dans des cas qu'elle considérait comme comparables, la juge Côté a conclu que la peine maximale pour l'agression sexuelle ne se justifiait pas. À son avis, il ne s'agissait pas du pire crime commis dans les pires circonstances. Elle a donc réduit la peine pour agression sexuelle à 6 ans. La juge Côté a aussi réduit les peines concurrentes pour production et distribution de pornographie juvénile à 3 ans. La peine globale imposée à L.M. se trouvait donc diminuée de 15 à 9 ans, dont il fallait déduire 16 mois pour la détention provisoire avant le prononcé de la sentence. Elle a toutefois maintenu la période de contrôle à 10 ans. Le juge Nuss a donné son accord au dispositif proposé par sa collègue, tout en exprimant des réserves sur l'utilisation de la notion du « pire crime commis dans les pires circonstances ».

b) *Dissidence*

[12] Le juge Morin, dissident, aurait confirmé la peine infligée par la Cour du Québec. Son opinion reprochait à la majorité d'être intervenue de manière injustifiée dans l'appréciation des faits par la première juge et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. De plus, à son avis, le raisonnement adopté par la juge Côté ne permettrait jamais l'infliction des peines maximales prévues par le *Code criminel* (par. 83).

## II. Analysis

### A. *Issues*

[13] This appeal raises three issues with regard to sentencing. The first two have been addressed often by the courts, but in light of the position of the majority of the Court of Appeal, it may be helpful to review the relevant principles in this area of criminal law and procedure. The third issue is a newer one. I will discuss the following issues in turn:

- (1) What principles are applicable to intervention in an appeal against sentence?
- (2) What principles are applicable to the imposition of a maximum sentence? Is it necessary to imagine the worst crime committed in the worst circumstances?
- (3) Must a long-term offender's period of community supervision be taken into account in determining the appropriate term of imprisonment?

### B. *Intervention by the Court of Appeal*

#### (1) Principles

[14] In its past decisions, this Court has established that appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where appeals against sentence are concerned. An appellate court may not vary a sentence simply because it would have ordered a different one. The court must be "convinced it is not fit", that is, "that . . . the sentence [is] clearly unreasonable" (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46, quoted in *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 15). This Court also made the following comment in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

... absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary

## II. Analyse

### A. *Questions en litige*

[13] Le présent pourvoi soulève trois questions relatives à la détermination de la peine. Les deux premières ont souvent été discutées dans la jurisprudence, mais la position adoptée par la majorité de la Cour d'appel fait ressortir l'utilité d'un rappel des principes pertinents dans ce domaine du droit criminel et de la procédure pénale. La troisième s'avère plus nouvelle. Je traiterai donc successivement des questions suivantes :

- (1) Quels sont les critères d'intervention dans le cadre d'un appel sur la peine?
- (2) Quels critères gouvernent l'infliction d'une peine maximale? Faut-il nécessairement imaginer le pire crime commis dans les pires circonstances?
- (3) La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée?

### B. *Intervention de la Cour d'appel*

#### (1) Critères

[14] La jurisprudence de notre Cour a établi que les tribunaux d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions des juges de première instance à l'occasion d'un appel de la sentence. En effet, une cour d'appel ne peut modifier une peine pour la seule raison qu'elle aurait prononcé une sentence différente. Elle doit être « convaincue qu'elle n'est pas indiquée », c'est-à-dire « que la peine est nettement déraisonnable » (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46, cité dans *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 15). Notre Cour a d'ailleurs souligné dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

... sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

(See also *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at para. 19; A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 359; and F. Dadour, *De la détermination de la peine: principes et applications* (2007), at p. 298.)

[15] Owing to the profoundly contextual nature of the sentencing process, in which the trier of fact has broad discretion, the standard of review to be applied by an appellate court is one based on deference. The sentencing judge has “served on the front lines of our criminal justice system” and possesses unique qualifications in terms of experience and the ability to assess the submissions of the Crown and the offender (*M. (C.A.)*, at para. 91). In sum, in the case at bar, the Court of Appeal was required — for practical reasons, since the trier of fact was in the best position to determine the appropriate sentence for L.M. — to show deference to the sentence imposed by the trial judge.

## (2) Violation of the Principles

[16] The majority of the Court of Appeal did not meet this requirement of deference. In effect, they reassessed L.M.’s sentence without showing it to be clearly unreasonable. They even varied certain findings of fact, in particular with respect to the acts of penetration, despite Judge Wilhelmy’s conclusions concerning the quality of the evidence, which she found to be clear. In assessing the overall seriousness of the offences committed by L.M., the Court of Appeal also disregarded the close connection between the sexual assault charges and the charges of making child pornography and distributing it on the Internet. In so doing, it substituted its own assessment for that of the trier of fact and reviewed the exercise of her discretion without a valid reason. Moreover, as we will now see, the majority of the Court of Appeal misinterpreted the principles applicable to maximum sentences.

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée.

(Voir aussi *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, par. 19; A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 359; et F. Dadour, *De la détermination de la peine : principes et applications* (2007), p. 298.)

[15] La nature profondément contextuelle du processus de détermination de la peine, qui laisse une large discrétion au juge du fait, justifie une norme de contrôle fondée sur une exigence de retenue de la part des juridictions d’appel. En effet, le juge infligeant la peine « sert en première ligne de notre système de justice pénale » et possède des qualifications uniques sur les plans de l’expérience et de l’appréciation des commentaires formulés par le ministère public et le contrevenant (*M. (C.A.)*, par. 91). En somme, en l’espèce, la Cour d’appel était tenue de conserver une attitude de respect à l’égard de la sentence prononcée par la première juge, et ce pour des raisons fonctionnelles, la juge du fait restant la mieux placée pour évaluer la peine que méritait L.M.

## (2) Violation des critères

[16] La majorité de la Cour d’appel n’a pas respecté cette exigence de retenue et de déférence. En effet, elle a réévalué la peine infligée à L.M. sans démontrer le caractère nettement déraisonnable de la sentence originale. Elle a même modifié certaines conclusions de fait, particulièrement quant aux actes de pénétration, malgré les conclusions de la juge Wilhelmy sur les qualités d’une preuve qu’elle considérait comme claire. Dans l’appréciation de la gravité d’ensemble des infractions commises par L.M., la Cour d’appel a aussi négligé le lien étroit entre les accusations d’agression sexuelle et celles de production et de distribution de pornographie juvénile sur l’Internet. Elle s’est ainsi substituée au juge du fait et a révisé sans motif valable l’exercice de sa discrétion. Par surcroît, la majorité de la Cour d’appel a mal interprété les principes régissant l’infligation des peines maximales, comme on le verra maintenant.

### C. *Maximum Sentences*

#### (1) General Sentencing Principles

##### *Determining the Appropriate Sentence*

[17] Far from being an exact science or an inflexible predetermined procedure, sentencing is primarily a matter for the trial judge's competence and expertise. The trial judge enjoys considerable discretion because of the individualized nature of the process (s. 718.1 *Cr. C.*; *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, at para. 22; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82). To arrive at an appropriate sentence in light of the complexity of the factors related to the nature of the offence and the personal characteristics of the offender, the judge must weigh the normative principles set out by Parliament in the *Criminal Code*:

- the objectives of denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation of offenders, and acknowledgment of and reparations for the harm they have done (s. 718 *Cr. C.*) (see Appendix);
- the fundamental principle that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender (s. 718.1 *Cr. C.*); and
- the principles that a sentence should be increased or reduced to account for aggravating or mitigating circumstances, that a sentence should be similar to other sentences imposed in similar circumstances, that the least restrictive sanctions should be identified and that available sanctions other than imprisonment should be considered (s. 718.2 *Cr. C.*).

#### (2) Maximum Sentences and *Cheddesingh*

[18] This individualized sentencing process is part of a system in which Parliament has established a very broad range of sentences that can in some cases extend from a suspended sentence to

### C. *Le problème des peines maximales*

#### (1) Principes généraux de détermination de la peine

##### *La recherche de la sentence appropriée*

[17] Loin d'être une science exacte ou une procédure inflexiblement prédéterminée, la détermination de la peine relève d'abord de la compétence et de l'expertise du juge du procès. Ce dernier dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire en raison de la nature individualisée du processus (art. 718.1 *C. cr.*; *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, par. 22; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82). Dans sa recherche d'une sentence adéquate, devant la complexité des facteurs relatifs à la nature de l'infraction commise et à la personnalité du contrevenant, le juge doit pondérer les principes normatifs prévus par le législateur dans le *Code criminel* :

- Les objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolation des délinquants, leur réinsertion sociale, ainsi que la reconnaissance et la réparation des torts qu'ils ont causés (art. 718 *C. cr.*) (voir annexe);
- le principe fondamental de la proportionnalité de la peine au regard de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant (art. 718.1 *C. cr.*);
- les principes d'adaptation de la peine aux circonstances aggravantes et atténuantes, d'harmonisation des peines, d'identification des sanctions moins contraignantes et des sanctions substitutives applicables (art. 718.2 *C. cr.*).

#### (2) Le problème des peines maximales et l'arrêt *Cheddesingh*

[18] Ce processus individualisé de détermination de la peine se situe d'ailleurs dans un système où le législateur prévoit des fourchettes très larges de peines possibles qui peuvent, dans certains cas,

life imprisonment. The *Criminal Code* provides for a maximum sentence for each offence. However, it seems that the maximum sentence is not always imposed where it could or should be, as judges are influenced by an idea or viewpoint to the effect that maximum sentences should be reserved for the worst cases involving the worst circumstances and the worst criminals. As can be seen in the case at bar, the influence of this notion is such that it sometimes leads judges to write horror stories that are always worse than the cases before them. As a result, maximum sentences become almost theoretical:

In the end the difficulty with maximums is that they may be seen as almost theoretical rather than as an indication of how seriously an offence is to be treated in the “ordinary” case.

(T. W. Ferris, *Sentencing: Practical Approaches* (2005), at p. 292)

[19] As Morin J.A. noted in his dissenting reasons, human nature is such that it will always be possible for a court to imagine a worse case than the one before it. Morin J.A. rightly pointed out that it is important for a judge, when deciding whether the maximum sentence can or should be imposed for a given offence, to avoid contemplating fictitious situations in this way. This approach is consistent with this Court’s recent case law.

[20] In *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16, the Court acknowledged the exceptional nature of the maximum sentence, but firmly rejected the argument that it must be reserved for the worst crimes committed in the worst circumstances. Instead, all the relevant factors provided for in the *Criminal Code* must be considered on a case-by-case basis, and if the circumstances warrant imposing the maximum sentence, the judge must impose it and must, in so doing, avoid drawing comparisons with hypothetical cases:

... terms such as “stark horror”, “worst offence” and “worst offender” add nothing to the analysis and should

aller de la sentence suspendue à la prison à vie. Le *Code criminel* prévoit ainsi des peines maximales pour chaque infraction. Il semble toutefois que ces peines maximales ne soient pas toujours infligées lorsqu’elles pourraient ou devraient l’être, à cause de l’influence d’une idée ou d’une attitude selon laquelle elles doivent être réservées aux pires cas, impliquant les pires circonstances et les pires criminels. Comme on le constate dans le présent dossier, l’influence de cette conception amène parfois les juges à se lancer dans la création de scénarios d’horreur qui dépassent toujours la réalité dont ils sont saisis. En conséquence, les peines maximales deviennent pratiquement théoriques :

[TRADUCTION] En définitive, la difficulté que posent les peines maximales tient à ce qu’elles peuvent être perçues comme pratiquement théoriques plutôt que comme une indication du sérieux avec lequel il faut traiter une infraction dans les cas « ordinaires ».

(T. W. Ferris, *Sentencing : Practical Approaches* (2005), p. 292)

[19] Comme le souligne le juge Morin dans ses motifs dissidents, la nature humaine fait en sorte que l’on peut toujours imaginer un pire scénario que celui dont est saisi le tribunal. Le juge Morin rappelle avec justesse l’importance d’éviter cette recherche de situations fictives lorsqu’il s’agit de décider si l’on peut ou doit infliger la peine maximale prévue pour un crime donné. Cette approche correspond à la jurisprudence récente de notre Cour.

[20] Dans *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16, notre Cour a admis la nature exceptionnelle de la peine maximale, mais a rejeté fermement la proposition voulant qu’elle doive être réservée au pire crime commis dans les pires circonstances. Il faut plutôt prendre en compte tous les facteurs pertinents prévus au *Code criminel* dans un contexte individualisé et infliger la peine maximale si les circonstances le justifient, sans s’arrêter à des comparaisons avec des scénarios théoriques :

... des termes comme « abomination », « pire infraction » et « pire délinquant » n’ajoutent rien à l’analyse et

be avoided. All relevant factors under the *Criminal Code* . . . must be considered. A maximum penalty of any kind will by its very nature be imposed only rarely . . . and is only appropriate if the offence is of sufficient gravity and the offender displays sufficient blameworthiness. As is always the case with sentencing, the inquiry must proceed on a case-by-case basis. [para. 1]

[21] Even where a maximum sentence is imposed, therefore, regard must be had to the trial judge's discretion, the individualized nature of sentencing and the normative principles set out by Parliament in ss. 718, 718.1 and 718.2 *Cr. C.* There is still a place in criminal law for maximum sentences in appropriate circumstances.

[22] Thus, the maximum sentence cannot be reserved for the abstract case of the worst crime committed in the worst circumstances. The trial judge's decision will continue to be dictated by the fundamental principle that a "sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender" (s. 718.1 *Cr. C.*). Proportionality will be achieved by means of a "complicated calculus" whose elements the trier of fact understands better than anyone. The trial judge's position in the sentencing process justifies the respect owed to the reasoned exercise of his or her discretion and the deferential approach that appellate courts should take in such matters (see Manson, at p. 86). As is noted in one commentary on sentencing principles:

[TRANSLATION] [The] objectives of denunciation, deterrence, separation from society, rehabilitation, reparations and retribution are all quite general, and there is no precise standard that can be applied to rank them. At first glance, this is desirable, since the sentencing process is fundamentally an individualized one in that sentences will necessarily vary from one offender to another in light of the particular emphasis that will be placed on one or the other of the objectives in order to arrive at the appropriate sentence, having regard to all the circumstances, in each case.

(Dadour, at p. 17)

[23] In the case at bar, the Court of Appeal should have asked whether, in light of Judge Wilhelmy's

devraient être évités. Tous les facteurs pertinents pour l'application du *Code criminel* [. . .] doivent être pris en compte. En raison de leur nature même, les peines maximales, quelles qu'elles soient, sont rarement infligées [. . .] et ne sont appropriées que si l'infraction est suffisamment grave et le délinquant suffisamment à blâmer. Comme toujours en matière de détermination de la peine, il faut examiner chaque cas individuellement. [par. 1]

[21] La discrétion du premier juge, la nature individualisée de la détermination de la peine et les principes normatifs énumérés par le législateur aux art. 718, 718.1, 718.2 *C. cr.* doivent ainsi être respectés, même lorsqu'il s'agit de l'application des peines maximales. Le droit pénal leur laisse toujours une place dans les circonstances appropriées.

[22] Ainsi, on ne peut réserver la peine maximale au scénario abstrait du pire crime commis dans les pires circonstances. C'est encore le principe fondamental selon lequel la « peine [sera] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » qui dictera la décision du juge du procès (art. 718.1 *C. cr.*). La proportionnalité sera atteinte par un [TRANSLATION] « calcul complexe » dont le juge du fait maîtrise les éléments mieux que quiconque. Sa position dans le système de détermination de la peine justifie le respect dû à l'exercice raisonné de sa discrétion et l'attitude de déférence et de retenue conseillée aux tribunaux d'appel en ces matières (voir Manson, p. 86). Comme le souligne un commentaire sur les principes régissant la fixation des peines :

[L]es objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolement, de réinsertion, de réparation ou de rétribution sont autant de paramètres généraux qui n'obéissent à aucune norme précise permettant de les hiérarchiser. Cela est de prime abord souhaitable, puisque le processus de détermination de la peine est fondamentalement individualisé, en ce sens que toute peine variera nécessairement d'un contrevenant à l'autre compte tenu de l'insistance particulière sur l'un ou l'autre des objectifs afin de rencontrer la peine qui sera appropriée dans l'ensemble des circonstances.

(Dadour, p. 17)

[23] En l'espèce, la Cour d'appel aurait dû rechercher, sur la base des constatations de fait de la juge

findings of fact, imposing the maximum sentence was reasonable having regard to the circumstances and the objectives of sentencing rather than digging deeper to find something horrible. A review of the Court of Québec's judgment in light of the principles stated above confirms that the sentence imposed was lawful and reasonable. This is clear from the reasons given by Judge Wilhelmy for her sentencing decision.

(3) Application of the Sentencing Principles by the Trial Judge

*Objective and Subjective Seriousness*

[24] Judge Wilhelmy began her analysis by considering the objective seriousness of the offences of which L.M. had been convicted. She noted the lengths of the maximum sentences provided for by Parliament: 10 years for sexual assault (s. 271(1)(a) *Cr. C.*), 10 years for making child pornography (s. 163.1(2)(a) *Cr. C.*), 10 years for distributing child pornography (s. 163.1(3)(a) *Cr. C.*) and 5 years for possessing child pornography (s. 163.1(4)(a) *Cr. C.*).

[25] On the subjective seriousness of the offences, Judge Wilhelmy referred to a number of aggravating factors that led her to conclude that a long period of incarceration was necessary. She noted L.M.'s record of similar acts, the repeated nature of the acts and their impact on the victims, his parental relationship, position of authority and position of trust with respect to the principal victim, the quantity of pornographic materials seized, the central role played by the accused in supplying the distribution network and in facilitating the production of the materials, the children's ages, the nature of the scenes shown in the photographs and videos, and the medium — the Internet — used to distribute the pornographic photographs and videos (see in particular para. 61 of the sentencing decision).

[26] In addition to the violence inherent in repeated sexual assaults on such a young child, the

Wilhelmy, si la peine maximale représentait une sentence raisonnable en tenant compte des circonstances et des objectifs de détermination de la peine, sans chercher à approfondir une recherche de l'horreur. L'étude du jugement de la Cour du Québec à la lumière des principes posés plus haut confirme qu'une peine légale et raisonnable a été infligée. Cela ressortira de l'analyse des motifs de la sentence prononcée par la juge Wilhelmy.

(3) Application des critères de détermination de la peine par la juge de première instance

*Gravité objective et subjective*

[24] La juge Wilhelmy commence son analyse en examinant d'abord le niveau de gravité objective des infractions dont L.M. a été reconnu coupable. Elle souligne à ce propos l'importance des peines maximales prévues par le législateur : 10 ans pour l'agression sexuelle (al. 271(1)a) *C. cr.*, 10 ans pour la production de pornographie juvénile (al. 163.1(2)a) *C. cr.*, 10 ans pour la distribution de pornographie juvénile (al. 163.1(3)a) *C. cr.* et 5 ans pour la possession de pornographie juvénile (al. 163.1(4)a) *C. cr.*.

[25] À l'occasion de son examen de la gravité subjective des infractions, plusieurs facteurs aggravants invitent la juge Wilhelmy à conclure à la nécessité d'une longue période d'incarcération. Elle mentionne l'antécédent de L.M. en matière semblable, la répétition puis l'impact de ses gestes sur ses victimes, le lien filial et d'autorité et le rapport de confiance avec sa victime principale, l'ampleur du matériel pornographique saisi, le rôle central de l'accusé dans l'alimentation du réseau de distribution ainsi que dans la facilitation de la production du matériel, l'âge des enfants, la nature des scènes révélées par les photographies et les animations, ainsi que le médium utilisé — Internet — pour distribuer les photos et animations pornographiques (voir notamment le par. 61 du jugement sur la détermination de la peine).

[26] En plus de la violence inhérente à des agressions sexuelles répétées sur une si jeune enfant, on



list of aggravating circumstances could include the fact that R.M. was unquestionably subjected to psychological violence. According to a report by the Centre jeunesse de Montréal dated April 19, 2005 that was filed in the Court of Québec, the little girl had been scarred for life by her father's acts and was having difficulty fitting in with children her own age (A.R., at pp. 108-9; sentencing decision, at para. 28).

[27] Moreover, the gravity of L.M.'s acts is clear from his *modus operandi*. A portion of the collection of pornographic photographs and videos he posted on the Internet were the product of sexual assaults on his own little girl. His acts must be considered as a whole.

[28] Finally, I note that L.M. disseminated his pornography around the world over the Internet. The use of this medium can have serious consequences for a victim. Once a photograph has been posted on the Web, it can be accessed indefinitely, from anywhere in the world. R.M. will never know whether a pornographic photograph or video in which she appears might not resurface someday.

[29] The only mitigating circumstance identified by Judge Wilhelmy was L.M.'s recent acknowledgment of his sexual deviance. Whether his admission was sincere is open to question. According to the pre-sentence report prepared for the Court of Québec by probation officer Isabelle Mailloux on May 3, 2005, L.M. at no time used [TRANSLATION] "negative language in referring to child pornography or acknowledged the unacceptable nature of that act" (A.R., at p. 125). In a psychiatric assessment submitted to the Court of Québec on June 13, 2005, Dr. Louis Morissette noted that L.M. had admitted [TRANSLATION] "the inadequacy of his fantasies" in a second interview only *after* having read the pre-sentence report (A.R., at p. 140). Judge Wilhelmy made the following comment: [TRANSLATION] "However, [the] reversal occurred after the accused had read the pre-sentence and psychological reports, which mentioned that he had acknowledged nothing and shown no regret

peut d'ailleurs ajouter à la liste des circonstances aggravantes le fait que R.M. a été victime d'une violence psychologique certaine. Le rapport du Centre jeunesse de Montréal du 19 avril 2005 soumis à la Cour du Québec démontre que la fillette est marquée à vie par les actes de son père et qu'elle a du mal à s'intégrer aux enfants de son âge (d.a., p. 108-109; jugement sur la peine, par. 28).

[27] De plus, le mode d'opération choisi par L.M. fait bien saisir la gravité de ses actes. En effet, L.M. alimentait en partie le stock de photographies et d'animations pornographiques qu'il publiait sur Internet par le produit des agressions sexuelles commises à l'endroit de sa fillette. Ses actes doivent ainsi être considérés dans leur ensemble.

[28] Je note enfin que L.M. diffusait son matériel pornographique à l'échelle planétaire par l'intermédiaire de l'Internet. L'emploi de ce mode de diffusion peut avoir des conséquences graves pour une victime. Dès lors qu'une photo est publiée sur le web, elle est disponible pour une durée indéterminée, partout dans le monde. R.M. ne saura jamais si on ne retracera pas, un jour, une photographie ou une animation pornographique où elle figure.

[29] La seule circonstance atténuante identifiée par la juge Wilhelmy est la reconnaissance récente, par L.M., de sa problématique sexuelle. La sincérité de cette reconnaissance demeure sujette à caution. Le rapport présentiel préparé pour la Cour du Québec par l'agente de probation Isabelle Mailloux le 3 mai 2005 indique que L.M. n'a attribué, en aucun moment, « de qualificatif négatif à l'égard de la pornographie juvénile ou reconnu le caractère inacceptable de cet acte » (d.a., p. 125). Puis, l'expertise psychiatrique soumise à la Cour du Québec par le psychiatre Louis Morissette le 13 juin 2005 note que L.M. a concédé lors d'une seconde entrevue « l'inadéquacité de ses fantasmes » seulement *après* avoir lu le rapport présentiel (d.a., p. 140). La juge Wilhelmy note que le « revirement survient cependant, après que l'accusé ait pris connaissance des rapports présentiel et psychologique, lesquels font état de l'absence totale de reconnaissance et/ou de regret

whatsoever” (judgment on long-term offender designation, at para. 22).

[30] L.M.’s acts were highly reprehensible, and the evidence convinced Judge Wilhelmy that they were sufficiently serious, and L.M. sufficiently blameworthy, to warrant the maximum sentence. Judge Wilhelmy rightly wanted to denounce L.M.’s conduct, deter sex offenders from committing such offences and separate L.M. from society because of his lack of remorse, especially since his acts included the abuse of a person under 18 in relation to whom he was in a position of trust. Similarly, the offence had been committed in the context of the abuse of a position of authority in relation to the victim.

[31] The judge also correctly understood the close relationship between the offences, the overall situation they gave rise to and the need to impose a global sentence suited to that situation. Viewed as a whole, the crime was complex. The offence of sexual assault was closely connected with three other offences of making, possessing and distributing child pornography that are subject to express sanctions under the *Criminal Code*. Each aspect of the offender’s conduct could be considered only in light of all these charges, viewed as a whole. As Judge Wilhelmy concluded, the global sentence was the crucial factor in determining the sentence in the case at bar.

[32] From this perspective, the sentence imposed by Judge Wilhelmy was not unreasonable. The trial judge had a broad discretion, was in a privileged position as the trier of fact and certainly had the expertise to assess L.M.’s character, the heinous nature of his acts and the impact that a longer or shorter sentence might have on the chances of his reoffending and on his prospects for rehabilitation.

(4) Unwarranted Intervention by the Court of Appeal

[33] As I mentioned above, the majority of the Court of Appeal erred in varying a sentence that

de sa part » (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 22).

[30] Les gestes commis par L.M. sont hautement répréhensibles et la preuve a persuadé la juge Wilhelmy qu’ils sont suffisamment graves et que L.M. est suffisamment à blâmer pour justifier une peine maximale. À bon droit, la juge Wilhelmy a souhaité dénoncer le comportement de L.M., dissuader les délinquants sexuels de commettre de telles infractions, isoler L.M. en raison de son manque de repentir, surtout car ses gestes incluait des mauvais traitements à l’égard d’une personne âgée de moins de 18 ans avec qui il entretenait une relation de confiance. De même, l’infraction était commise dans un contexte d’abus d’autorité à l’égard de la victime.

[31] La juge a aussi bien saisi les liens étroits entre les infractions commises, la situation d’ensemble qu’elles créent et la nécessité d’imposer une peine globale adaptée à cette situation. Le crime, une fois compris dans son ensemble, était complexe. L’agression sexuelle se rattachait étroitement à trois autres infractions de production, de possession et de distribution de pornographie juvénile, dont le *Code criminel* prévoit spécifiquement la punition. Seule la combinaison de ces accusations permettait de prendre en compte tous les aspects de la conduite du prévenu. Comme l’a conclu la juge Wilhelmy, la peine globale constituait l’élément crucial de la détermination de la peine en l’espèce.

[32] Dans ce contexte, la peine imposée par la juge Wilhelmy n’était pas déraisonnable. La juge de première instance jouissait d’une grande discrétion, d’une position privilégiée comme juge du fait ainsi que d’une expertise certaine pour évaluer la personne de L.M., le caractère odieux de ses actes ainsi que l’impact potentiel d’une peine plus ou moins longue sur ses possibilités de récidive et de réadaptation.

(4) L’intervention injustifiée de la Cour d’appel

[33] Comme je le soulignais plus haut, la majorité de la Cour d’appel a modifié à tort une sentence

was not unreasonable. Their finding that penetration had not been proven beyond a reasonable doubt constitutes an improper reassessment of the evidence in the absence of a reviewable error in the Court of Québec's assessment of the facts.

[34] Moreover, the majority of the Court of Appeal attached great importance to the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (paras. 41 *et seq.*), which is one of the normative sentencing principles provided for in the *Criminal Code* (s. 718.2 *Cr. C.*). Although this principle permits an appellate court to temper the discretionary aspect of the sentencing process, it was applied incorrectly by the majority of the Court of Appeal.

[35] This exercise of ensuring that sentences are similar could not be given priority over the principle of deference to the trial judge's exercise of discretion, since the sentence was not vitiated by an error in principle and the trial judge had not imposed a sentence that was clearly unreasonable by failing to give adequate consideration to certain factors or by improperly assessing the evidence (*M. (C.A.)*, at para. 92, quoted in *McDonnell*, at para. 16; *W. (G.)*, at para. 19; see also Ferris, at p. 149, and Manson, at p. 93). This Court has clearly confirmed the "trial judge's traditionally broad sentencing discretion" (*M. (C.A.)*, at para. 56). Furthermore, this principle has been codified in s. 718.3 *Cr. C.*

[36] Owing to the very nature of an individualized sentencing process, sentences imposed for offences of the same type will not always be identical. The principle of parity does not preclude disparity *where warranted by the circumstances*, because of the principle of proportionality (see Dadour, at p. 18). As this Court noted in *M. (C.A.)*, at para. 92, "there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime". From this perspective, an appellate court is justified in intervening only if the sentence imposed by the trial judge "is in substantial and marked departure from the sentences

qui n'était pas déraisonnable. De plus, son rejet de la preuve de pénétration hors de tout doute raisonnable représente une réévaluation inadmissible de la preuve en l'absence d'erreur révisable dans l'appréciation des faits par la Cour du Québec.

[34] Par ailleurs, la majorité de la Cour d'appel fait grand cas du principe de l'harmonisation des peines (par. 41 et suiv.) qui demeure, en effet, l'un des principes normatifs prévus au *Code criminel* en matière de détermination de la peine (art. 718.2 *C. cr.*). Bien que ce principe permette de tempérer l'élément discrétionnaire du processus de détermination de la peine, il a cependant été mal employé par la majorité de la Cour d'appel.

[35] On ne pouvait prioriser cet exercice d'harmonisation des peines au détriment de la règle du respect de la discrétion du juge de procès, dans la mesure où la sentence n'était pas entachée d'une erreur de principe et où la première juge n'avait pas infligé une peine nettement déraisonnable en accordant une attention inadéquate à des facteurs particuliers ou en évaluant incorrectement la preuve (*M. (C.A.)*, par. 92, cité dans *McDonnell*, par. 16; *W. (G.)*, par. 19; voir aussi Ferris, p. 149, et Manson, p. 93). Notre Cour a clairement confirmé le « vaste pouvoir discrétionnaire dont dispose depuis toujours le juge du procès en matière de détermination de la peine » (*M. (C.A.)*, par. 56). Ce principe a d'ailleurs été codifié à l'art. 718.3 *C. cr.*

[36] Des peines prononcées à l'égard des mêmes catégories d'infraction ne seront pas toujours parfaitement semblables, en raison de la nature même d'un processus de détermination de la peine axé sur l'individu. En effet, le principe de la parité n'interdit pas la disparité *si les circonstances le justifient*, en raison de l'existence de la règle de la proportionnalité (voir Dadour, p. 18). Comme notre Cour l'a rappelé dans *M. (C.A.)*, par. 92, « il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné ». Dans un tel contexte, une cour d'appel n'est justifiée d'intervenir que si la peine qu'a infligée le juge du procès

customarily imposed for similar offenders committing similar crimes” (*M. (C.A.)*, at para. 92).

[37] The case at bar can be distinguished from each of the cases cited by the majority of the Court of Appeal. The case before this Court is markedly different as regards the quantity of materials seized and the scope of the network of Internet users having access to them, not to mention the connection between the sexual assaults committed by L.M. and his making, possession and distribution of child pornography. I will give one example of this. The majority of the Court of Appeal stressed the similarity between *R. v. M.P.*, [2005] Q.J. No. 78 (QL), 2005 QCCA 7, and the instant case (see para. 73). Their aim in doing so was to bring L.M.’s sentence in line with the one imposed in *M.P.* But in that case the pornographic materials were not posted on the Internet; they were sent only to two friends of the abused child’s father. Having disregarded L.M.’s wide distribution of the materials, made possible by the Internet, the Court of Appeal failed to demonstrate any real similarity between *M.P.* and the case at bar. Consequently, this attempt at achieving parity in sentencing, based as it was on an incorrect analogy, was itself inappropriate.

#### D. *Finding That the Offender Is a Long-Term Offender*

[38] This appeal also raises the issue of the relationship between sentencing and the procedure for finding an offender to be a long-term offender. When the Crown applies to have an offender found to be a long-term offender, must the judge, in determining the length of the term of imprisonment, take the subsequent period of community supervision into account? I do not think so. In my view, a distinction must be made between sentencing *per se* and the procedure for imposing a period of post-sentence supervision.

« s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires » (*M. (C.A.)*, par. 92).

[37] En l’espèce, il est possible de distinguer chacune des affaires citées par la majorité de la Cour d’appel de celle qui fait l’objet du présent pourvoi. Le dossier porté devant notre Cour comporte des différences marquées sur le plan de l’ampleur du matériel saisi et du réseau d’internautes ayant accès à ce matériel, sans compter le lien entre les agressions sexuelles commises par L.M. et ses activités de production, de possession et de distribution de pornographie juvénile. J’en donnerai un exemple. La majorité de la Cour d’appel souligne la similitude entre l’arrêt *R. c. M.P.*, [2005] J.Q. n° 78 (QL), 2005 QCCA 7, et la présente affaire (voir par. 73). Elle souhaite ainsi harmoniser la peine de L.M. avec celle infligée dans *M.P.* Toutefois, dans cette dernière affaire, le matériel pornographique n’était pas diffusé sur Internet, mais uniquement transmis à deux amis du père de l’enfant victime d’abus. Faute de prise en compte de la diffusion à grande échelle permise par l’Internet que pratiquait L.M., la Cour d’appel ne pouvait démontrer une similitude réelle entre *M.P.* et le présent dossier. En conséquence, cet effort d’harmonisation des peines, fondé sur une analogie incorrecte, s’avère lui-même inapproprié.

#### D. *La déclaration de délinquant à contrôler*

[38] Le présent appel soulève aussi le problème des rapports entre la détermination de la peine et la procédure de déclaration de délinquant à contrôler. Lorsque la Couronne dépose une demande de déclaration de délinquant à contrôler, le juge qui fixe la peine d’emprisonnement doit-il tenir compte de la période de surveillance qui suivra au sein de la collectivité? À mon avis, non. Il importe selon moi de distinguer la détermination de la peine proprement dite et la procédure d’assujettissement à une période de contrôle après l’exécution de la sentence.

(1) Description of the System of Supervision

[39] As this Court did with respect to *dangerous* offenders (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 339; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 297), I note the exceptional nature of the finding that an offender is a *long-term* offender. As I will explain below, the strictness and precision of the rules applicable to this supervisory mechanism necessarily limit the number of people to whom it will apply. In 2005, or eight years after the introduction of this new system of supervision, there were 300 long-term offenders in Canada: 187 of them were incarcerated, and 113 were in the community under supervision. Most of them had committed sexual offences (“Long term offender designation”, Public Safety Canada (online: [www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx](http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx))).

*Procedure*

[40] The *Criminal Code* provides that the Crown must first of all apply to have an accused found to be a long-term offender after he or she has been convicted, but before sentence is imposed (ss. 752.1(1), 753.1(1)(a) and 753.1(3.1)(a) *Cr. C.*). After this application is filed, the court may have experts assess the offender. Their report will be used as evidence in the application (ss. 752.1(1) and 753.1(1) *Cr. C.*). This report will enable the judge to determine whether the offender poses a serious risk to public safety. The *Criminal Code* sets out three conditions that must be met before a judge may grant an application for supervision:

- (i) First, a sentence of imprisonment of two years or more must be warranted for the offence for which the offender has been convicted (s. 753.1(1)(a) *Cr. C.*).
- (ii) Next, the judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that there is a substantial risk that the offender will reoffend (s. 753.1(1)(b) *Cr. C.*; see, for example, *Beaulieu v. R.*, [2007] Q.J. No. 2116 (QL), 2007 QCCA 403, at para. 25). In assessing that risk, the judge must determine (s. 753.1(2) *Cr. C.*):

(1) Description du système de contrôle

[39] Comme notre Cour l’a fait dans le cas des délinquants *dangereux* (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 339; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 297), je rappelle la nature exceptionnelle des déclarations de délinquant à contrôler. Ainsi que je l’expliquerai plus bas, le caractère strict et précis des critères gouvernant l’imposition de cette mesure de contrôle restreint nécessairement le nombre de personnes auxquelles elle trouvera à s’appliquer. De fait, en 2005, donc 8 ans après l’entrée en vigueur de ce nouveau système de contrôle, le Canada comptait 300 délinquants à contrôler : 187 étaient incarcérés et 113 étaient surveillés dans la collectivité. La majorité d’entre eux avaient commis des infractions d’ordre sexuel (« Désignation de délinquant à contrôler », Sécurité publique Canada (en ligne : [www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx](http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx))).

*Procédure*

[40] Le *Code criminel* prévoit d’abord que la Couronne doit présenter la demande de déclaration de délinquant à contrôler une fois l’accusé reconnu coupable, mais avant que la peine n’ait été déterminée (par. 752.1(1) et al. 753.1(1)(a) et 753.1(3.1)(a) *C. cr.*). Après le dépôt de cette demande, le tribunal peut faire évaluer le délinquant par des experts. Leur rapport est utilisé comme preuve lors de l’examen de la demande (par. 752.1(1) et 753.1(1) *C. cr.*). En effet, ce rapport permet d’évaluer si le délinquant pose un risque sérieux pour la sécurité publique. Le *Code criminel* édicte trois conditions pour que le juge fasse droit à une demande de contrôle :

- (i) D’abord, une peine minimale d’emprisonnement de deux ans doit être justifiée pour l’infraction dont le délinquant a été déclaré coupable (al. 753.1(1)(a) *C. cr.*).
- (ii) Ensuite, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que le délinquant présente un risque élevé de récidive (al. 753.1(1)(b) *C. cr.*; voir, par exemple, *Beaulieu c. R.*, [2007] J.Q. n° 2116 (QL), 2007 QCCA 403, par. 25). Pour évaluer le risque de récidive, le juge doit constater la présence des deux facteurs suivants (par. 753.1(2) *C. cr.*) :

- (a) that the offender has been convicted of a sexual offence under ss. 151, 152, 153, 163.1(2), 163.1(3), 163.1(4), 163.1(4.1), 172.1, 173(2), 271, 272 or 273 *Cr. C.*, or has engaged in “serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted” (s. 753.1(2)(a) *Cr. C.*); and
- (b) that the offender has shown a pattern of repetitive behaviour that shows a likelihood of the offender’s causing injury to or inflicting severe psychological damage on other persons, *or* has, by conduct in any sexual matter, shown a likelihood of causing injury to other persons in the future (s. 753.1(2)(b)(i) and (ii) *Cr. C.*; see, for example, *Corneau v. R.*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.)). This assessment of [TRANSLATION] “prospective dangerousness” concerns, in sum, past conduct and the facts relating to the commission of the offences (*R. v. Ménard*, [2002] Q.J. No. 5271 (QL) (C.A.), at para. 23).
- (iii) Finally, the judge must find that there is a “reasonable possibility” of eventual control of the risk in the community (s. 753.1(1)(c) *Cr. C.*). It is interesting to note that the expression used in the French version of this provision is “*possibilité réelle*” (real possibility) (*R. v. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66, at para. 27).
- a) Le délinquant a été reconnu coupable d’une infraction de nature sexuelle prévue aux art. 151, 152, 153, 163.1(2), 163.1(3), 163.1(4), 163.1(4.1) 172.1, 173(2), 271, 272 et 273 *C. cr.*, ou a commis un « acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d’une autre infraction dont il a été déclaré coupable » (al. 753.1(2)a) *C. cr.*
- b) Le délinquant a accompli des actes répétitifs permettant de croire qu’il causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d’autres personnes, *ou* sa conduite antérieure dans le domaine sexuel laisse prévoir qu’il causera à l’avenir des sévices à d’autres personnes (sous-al. 753.1(2)b)(i) et (ii) *C. cr.*; voir, par exemple, *Corneau c. R.*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.)). Cet exercice visant à évaluer la « dangerosité potentielle » tient compte, en somme, de la conduite antérieure et des faits ayant entouré la perpétration des infractions (*R. c. Ménard*, [2002] J.Q. n° 5271 (QL) (C.A.), par. 23).
- (iii) Enfin, il faut que le juge reconnaisse l’existence d’une « possibilité réelle » que ce risque de récidive puisse être maîtrisé au sein de la collectivité (al. 753.1(1)c) *C. cr.*). Il est intéressant de noter que la version anglaise de cette disposition utilise l’expression « *reasonable possibility* » (*R. c. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66, par. 27).

[41] This Court has previously stated that a sentencing judge must, if satisfied that a community supervision order will make it possible “to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level”, consider the option of finding an offender to be a *long-term* offender before finding him or her to be a *dangerous* offender (see *Johnson*, at para. 40; see also C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), at p. 541). This is the only situation in which the *Criminal Code* requires a judge to consider the possibility of supervision before determining the appropriate sentence. The decision is thus based on controlling a serious risk: if this objective can be attained in

[41] Notre Cour a déjà précisé que le juge déterminant la peine doit envisager l’option de la déclaration de délinquant à *contrôler* avant celle de la déclaration de délinquant *dangeroux*, s’il est convaincu qu’il sera possible « d’abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit » avec l’ordonnance de surveillance dans la collectivité (voir *Johnson*, par. 40; voir aussi C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), p. 541). C’est le seul cas où le *Code criminel* impose au juge l’obligation d’examiner la possibilité d’une déclaration de contrôle avant de déterminer la peine appropriée. Il s’agit donc d’une décision fondée sur le contrôle d’un risque élevé :

the community, an offender cannot be found to be dangerous and, as a result, be imprisoned for an indeterminate period (see Ferris, at pp. 301-3).

[42] Although they both contribute to assuring public safety, the dangerous offender and long-term offender designations have different objectives. Unlike a *dangerous* offender (s. 753 *Cr. C.*), who will continue to be deprived of liberty, since such offenders are kept in prison to separate them from society (s. 718.1), a *long-term* offender serves a sentence of imprisonment of two years or more and is then subject to an order of supervision in the community for a period not exceeding 10 years for the purpose of assisting in his or her rehabilitation (s. 753.1(3) *Cr. C.*). This measure, which is less restrictive than the indeterminate period of incarceration that applies to dangerous offenders, protects society and is at the same time consistent with [TRANSLATION] “the principles of proportionality and moderation in the recourse to sentences involving a deprivation of liberty” (Dadour, at p. 228).

## (2) Relationship to Sentencing

[43] The respondent relies on an Ontario Court of Appeal decision to argue that the principle of proportionality should apply to the combined effect of the period of community supervision and the sentence of imprisonment. While it was careful to state that a community supervision order is “not a sentence”, the Ontario Court of Appeal made the following comments, on that occasion, regarding the combined effect of the prison sentence and the supervision period:

Although it may be argued that a mandatory community supervision order . . . is not a sentence, in my view, as a matter of principle, the principles of sentencing in ss. 718 to 718.2 should apply when measuring the combined effect of a mandatory custodial sentence and mandatory community supervision order. This would include the fundamental principle of proportionality in s. 718.1. . . .

si cet objectif peut être atteint au sein de la collectivité, un délinquant ne saurait être déclaré dangereux et donc emprisonné pour une durée indéterminée (voir Ferris, p. 301-303).

[42] Bien qu’elles concourent toutes les deux à protéger la sécurité publique, les mesures de déclaration de délinquant dangereux et de délinquant à contrôler correspondent à des objectifs différents. En effet, à la différence du délinquant *dangereux* (art. 753 *C. cr.*) qui continuera à subir une privation de liberté puisqu’on le gardera incarcéré pour être isolé du reste de la société (art. 718.1), le délinquant à *contrôler* subit une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans, après quoi on le soumet à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période maximale de 10 ans afin de favoriser sa réinsertion sociale (par. 753.1(3) *C. cr.*). Moins contraignante que l’incarcération pour une durée indéterminée réservée aux délinquants dangereux, cette mesure permet d’assurer la protection de la société tout en respectant « les principes de proportionnalité et de modération dans le recours aux peines privatives de liberté » (Dadour, p. 228).

## (2) Lien avec la détermination de la peine

[43] L’intimé s’appuie sur une décision de la Cour d’appel de l’Ontario pour soutenir que le principe de la proportionnalité de la peine devrait s’appliquer à l’effet combiné de la période de surveillance dans la collectivité et de la peine d’emprisonnement. Tout en prenant soin de préciser que l’ordonnance de surveillance au sein de la communauté n’est [TRADUCTION] « pas une peine », la Cour d’appel de l’Ontario a fait à cette occasion quelques commentaires sur l’effet cumulatif de la peine d’emprisonnement et de la période de contrôle :

[TRANSLATION] Même si on peut prétendre qu’une ordonnance obligatoire de surveillance au sein de la communauté [. . .] ne constitue pas une peine, sur le plan des principes, j’estime que les principes de détermination de la peine prévus aux art. 718 à 718.2 s’appliquent lorsqu’il s’agit de mesurer l’effet combiné d’une peine d’emprisonnement obligatoire et d’une ordonnance obligatoire de surveillance au sein de la communauté. Cela vaut notamment pour le principe fondamental de la proportionnalité prévu à l’art. 718.1. . . .

... Assuming that the principle of proportionality applies ... , I find nothing inappropriate about the eight-year period of community supervision in addition to this sentence. It is necessary to recognize that the custodial sentence for the predicate offences and the community supervision order each serve a discrete purpose. Therefore, in considering the appropriateness of the length of the appellant's community supervision, it must be considered in the context of the purpose of the dangerous and long-term offender regime, which is to protect the public.

(*R. v. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376, at paras. 21-22)

[44] Of course, a period of community supervision cannot be any longer than is necessary to obviate the risk that the offender will reoffend and thus to protect the public. In my view, however, to adopt the general rule the respondent wishes to draw from *Archer* would be to disregard the distinction between the sentence of imprisonment and the period of supervision, which have different objectives.

(3) Distinction Between the Function of the Finding and That of Sentencing

[45] This Court has held that the procedure for finding an offender to be a *dangerous* offender forms part of the sentencing process (*Lyons*, at pp. 350 and 374; *Jones*, at p. 294; *Johnson*, at para. 23). Can it be said that the procedure for finding an offender to be a *long-term* offender also forms part of the sentencing process? Obviously, since the sentencing judge is the same judge who would make the order so finding. However, the similarities between that finding and a sentencing proceeding end there.

[46] These two types of decisions can be distinguished on the basis of the objectives and methods, and certain technical aspects, of the sentencing process. The principal objective of a prison sentence is punishment, although the sentence must be determined in accordance with the principles set out in the *Criminal Code*. On the other hand,

... En tenant pour acquis que le principe de la proportionnalité s'applique [ . . . ], je ne vois rien d'inapproprié à la période de huit ans de surveillance au sein de la communauté qui s'ajoute à la peine infligée en l'espèce. Il faut reconnaître que la peine d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente et l'ordonnance de surveillance au sein de la communauté visent chacune un objectif distinct. Par conséquent, pour apprécier le bien-fondé de la durée de la surveillance de l'appelant au sein de la communauté, il faut l'examiner en regard de l'objectif du régime applicable aux délinquants dangereux et aux délinquants à contrôler, qui est de protéger le public.

(*R. c. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376, par. 21-22)

[44] Certes, une période de surveillance dans la collectivité ne saurait excéder le temps nécessaire pour prévenir les risques de récidive et assurer ainsi la protection du public. Cependant, à mon avis, la règle générale que l'intimé veut tirer de l'arrêt *Archer* ne respecterait pas la distinction entre la peine d'incarcération et la période de surveillance, qui visent des objectifs différents.

(3) Distinction entre la fonction de la déclaration et celle de la détermination de la peine

[45] Notre Cour a assimilé la procédure de déclaration de délinquant *dangereux* au processus de détermination de la peine (*Lyons*, p. 350 et 374; *Jones*, p. 294; *Johnson*, par. 23). Or, pouvons-nous affirmer que la déclaration de délinquant à contrôler se rattache aussi au processus de détermination de la peine? Nécessairement, puisque le juge qui fixe la peine est aussi celui qui sera appelé à prononcer l'ordonnance de déclaration de délinquant à contrôler. Cependant, l'assimilation de cette déclaration à une procédure d'imposition de la peine s'arrête ici.

[46] En effet, l'examen des objectifs, méthodes et techniques propres à la détermination de la peine permet de distinguer ces deux types de décisions. L'objectif premier d'une peine de prison demeure le châtiment, bien qu'il doive être déterminé conformément aux principes prévus par le *Code criminel*. Par contre, la prévention contre



the objectives of and rationale for the supervision of an offender in the community are to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into society. The British Columbia Court of Appeal mentioned this distinction in a recent judgment:

The fixed sentence and supervision orders focus on two different goals: the former on punishment for the predicate offence, the latter on prevention of future criminal conduct. In the latter the predicate offence plays a relevant role as an indicator of risk.

(*R. v. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205, at para. 37; see *R. v. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004, at paras. 134 and 137, for another example of this.)

[47] Furthermore, the sentencing judge will not calculate the length of each of these steps in the same way. A number of factors are considered in determining the length of a prison sentence, including, to name but a few, the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, the parity principle and the possibility of imposing a less restrictive sanction. In contrast, the length of a period of community supervision is based on an offender's criminal past and on the likelihood that he or she will reoffend, which are addressed in the assessment report.

[48] Finally, in practice, the effect of a sentence is to deprive the offender of his or her liberty, whereas community supervision is aimed at reintegrating the offender into the community under the supervision of the Correctional Service of Canada. Furthermore, the period of community supervision does not begin until after the sentence (imprisonment) has been served. From this perspective, the preferred approach for a judge considering a period of community supervision is very different from the one that must be taken in determining the length of a sentence of imprisonment.

la récidive et la protection du public au cours d'une période de réinsertion sociale contrôlée constituent l'objectif et représentent la raison d'être de la mesure de surveillance d'un contrevenant alors qu'il se trouve dans la collectivité. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'ailleurs souligné cette distinction dans un arrêt récent :

[TRADUCTION] Les peines d'une durée déterminée et les ordonnances de surveillance visent deux objectifs différents : les premières ont pour but de punir l'auteur de l'infraction sous-jacente, les secondes de prévenir la perpétration future d'infractions criminelles. S'agissant des secondes, l'infraction sous-jacente est pertinente en tant qu'indicateur du risque.

(*R. c. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205, par. 37; voir *R. c. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004, par. 134 et 137, pour un exemple de la même teneur.)

[47] Ensuite, le juge déterminant la peine n'adoptera pas la même méthode de calcul pour déterminer la durée de chacune des étapes. En effet, la durée d'une peine de prison est tempérée par plusieurs facteurs dont la gravité de l'infraction, le niveau de responsabilité du délinquant, le principe de la parité, la possibilité d'une sanction moins contraignante, pour ne nommer que ceux-là. À l'opposé, celle de la surveillance dans la collectivité se base sur le passé criminel et les risques de récidive du délinquant, qu'apprécie le rapport d'évaluation.

[48] Par ailleurs, l'effet pratique d'une peine de prison est la privation de liberté du délinquant. Pour sa part, la surveillance dans la collectivité vise l'intégration de celui-ci au sein de sa communauté sous la supervision du Service correctionnel du Canada. De plus, la période de surveillance au sein de la collectivité ne prend effet qu'une fois la peine (l'emprisonnement) purgée. Dans ce contexte, le mode de raisonnement suggéré au juge qui se penche sur la période de surveillance dans la collectivité diffère nettement de celui qui s'impose en matière de détermination de la durée de l'incarcération.

(4) Relationship to the Determination of the Appropriate Sentence

[49] Nevertheless, the judge determining the length of an offender's sentence of imprisonment will also receive the application to find the offender to be a long-term offender before passing sentence. As a result, the judge will quite likely tend to consider both decisions at the same time. He or she may accordingly find it difficult to observe the conceptual distinction between the two decisions. Despite these practical difficulties, it is important to remain faithful to the distinction between sentencing and the imposition of a supervision period. A judge who confuses these two processes risks straying from the normative principles and the objectives of sentencing. A judge who does so would also neglect the specific objective of the procedure for finding an offender to be a long-term offender, which requires the application of different principles. Parliament intended that the judge determine the appropriate sentence first. After doing so, the judge is to ask, in light of Parliament's objective of protecting the public, whether a period of supervision is warranted. The period of community supervision cannot therefore be equated with a new period of deprivation of liberty consecutive to the one resulting from the sentence.

(a) *Need to Maintain the Conceptual and Practical Distinction Between the Two Steps*

[50] It is therefore my opinion that a long-term offender's period of community supervision cannot be taken into account when determining the acceptable length of the offender's incarceration. I fear that the principle that a sentence should be similar to other sentences imposed in similar circumstances would be seriously undermined if Canadian courts were to compare fixed sentences (for sex offenders who have not been found to be long-term offenders) with fixed sentences accompanied by supervision orders (for sex offenders who have been found to be long-term offenders).

(b) *Application to the Case at Bar*

[51] Judge Wilhelmy pointed out that protecting society is the fundamental objective being

(4) Relation avec la détermination de la peine appropriée

[49] Cependant, le juge déterminant la peine d'emprisonnement d'un délinquant sera saisi de la demande de déclaration de délinquant à contrôler avant d'avoir prononcé sa sentence. Pour cette raison, il sera fort probablement porté à réfléchir aux deux décisions en même temps. Il se peut alors qu'il trouve difficile de respecter la distinction conceptuelle entre ces deux décisions. Malgré ces difficultés pratiques, il importe de rester fidèle à la distinction conceptuelle entre la détermination de la peine et l'imposition d'une période de surveillance. Leur confusion risque de porter atteinte au respect des principes normatifs et des objectifs de la peine. Elle négligerait aussi l'objectif propre à la déclaration de contrôle, qui obéit à des critères distincts. Le Parlement a voulu que le juge fixe d'abord la peine appropriée. Par la suite, dans la perspective de l'objectif de protection du public recherché par le législateur, le juge doit se demander si une période de contrôle se justifie. La période de surveillance dans la collectivité ne saurait donc être assimilée à une nouvelle période de privation de liberté, consécutive à celle qu'impose la sentence.

a) *Nécessité de conserver les deux étapes distinctes sur les plans conceptuel et pratique*

[50] Je suis donc d'avis que l'on ne peut tenir compte de la période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler au moment où l'on détermine la durée acceptable de son incarcération. Autrement, je crains que le principe de l'harmonisation des peines soit gravement atteint si les tribunaux canadiens comparent des peines fixes (pour les délinquants sexuels n'ayant pas été déclarés « à contrôler ») à des peines fixes additionnées d'une ordonnance de surveillance (pour les délinquants sexuels ayant été déclarés à contrôler).

b) *Application à l'espèce*

[51] La juge Wilhelmy rappelle que la protection de la société constitue l'objectif fondamental du

pursued in providing in the *Criminal Code* for the supervision of offenders. She mentioned that the accused was 31 years old and had never been treated for sexual deviance, although he claimed that he wanted to enter a program for sex abusers. She added that L.M. continued to insist that he had only fondled his daughter (without penetrating her) and to play down the gravity of what he had done to her, whereas the evidence showed that the situation was much more serious. Referring to L.M.'s history of sexual assaults and the recognizance he had entered into under s. 810.1 *Cr. C.*, Judge Wilhelmy concluded that L.M.'s deviance was of long standing. Finally, the experts agreed unanimously that there was a substantial risk that he would reoffend (judgment on long-term offender designation, at para. 27).

[52] For all these reasons, Judge Wilhelmy ruled in favour of a long supervision period for L.M. as a long-term offender. She did not take L.M.'s period of incarceration into account when determining the length of his period of community supervision. Instead, she focussed on the future, that is, on the need to protect the public from the risk that L.M. would reoffend. In my view, her analysis was flawless.

### III. Conclusion

[53] Judge Wilhelmy imposed an appropriate sentence on L.M. The sentence is proportionate to the gravity of his acts, and the mitigating and aggravating circumstances and the objectives of the *Criminal Code* have been accounted for. As there was no reviewable error in Judge Wilhelmy's decision, the Court of Appeal was wrong to vary the sentence. In my opinion, the trial judge correctly applied the law, placing the appropriate emphasis on the specific objectives of the finding that an offender is a long-term offender.

### IV. Disposition

[54] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of

*Code criminel*, dans la mise en œuvre de la procédure de contrôle des délinquants. Elle retient que l'accusé est âgé de 31 ans, n'a jamais suivi de thérapie pour déviance sexuelle, bien qu'il prétende vouloir s'impliquer dans un traitement pour agresseurs sexuels. Elle note aussi que L.M. continue de maintenir qu'il n'a fait que des attouchements sur sa fillette (sans pénétration) et qu'il persiste à minimiser la gravité de ses gestes à son égard, alors que la preuve dépeint une situation beaucoup plus grave. De plus, la juge Wilhelmy, soulignant l'antécédent de L.M. en matière d'agression sexuelle ainsi que la signature d'un engagement en vertu de l'art. 810.1 *C. cr.*, conclut que la déviance de ce dernier existe depuis longtemps. Enfin, les experts concluent unanimement à un risque élevé de récidive (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 27).

[52] Pour l'ensemble de ces raisons, la juge Wilhelmy se prononce en faveur d'une longue période de surveillance de L.M. en tant que délinquant à contrôler. Dans son analyse, elle ne tient pas compte de la période d'incarcération de L.M. pour évaluer la durée de sa période de surveillance dans la collectivité. Elle se concentre plutôt sur le futur, soit sur la nécessité de protéger le public du risque de récidive de L.M. Selon moi, cette analyse est sans faille.

### III. Conclusion

[53] La juge Wilhelmy a infligé une peine appropriée à L.M. Cette peine est proportionnelle à la gravité de ses actes et tient compte des circonstances atténuantes et aggravantes ainsi que des objectifs prévus au *Code criminel*. De plus, en l'absence d'erreur révisable dans la décision de la juge Wilhelmy, la Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier la sentence. Enfin, je suis d'avis que la première juge a bien appliqué la loi en mettant l'accent approprié sur les objectifs propres à la déclaration de délinquant à contrôler.

### IV. Dispositif

[54] Pour les motifs qui précèdent, je suggère d'accueillir l'appel, de casser le jugement de la

Appeal and restore the sentence imposed by the Court of Québec.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[55] It is well established that trial judges are entitled to considerable deference in sentencing matters. I take no issue in this regard with the clear and persuasive reasons of my colleague, Justice LeBel. With respect, however, I have reached a different conclusion regarding the application of that rule in this case. I would therefore dismiss the appeal.

II

[56] On an appeal against sentence, the Court of Appeal is required by s. 687 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to “consider the fitness of the sentence appealed against”. And the Court is expressly empowered to vary the sentence if it finds the sentence unfit.

[57] Here, the trial judge convicted the respondent of sexual assault and found him guilty as well of “making, distributing and possessing” child pornography ([2005] Q.J. No. 1215 (QL)). The respondent was immediately incarcerated pending sentence. Eight months later, the trial judge sentenced him to the maximum punishment for sexual assault — 10 years’ imprisonment — less 16 months on account of the respondent’s pre-sentence custody. On the child pornography counts, the trial judge imposed a total of 5 years’ imprisonment, to be served consecutively to the term for sexual assault. The trial judge also found the respondent to be a “long-term offender” within the meaning of s. 753.1 of the *Code* and ordered that he be supervised in the community for an additional 10 years, which is again the maximum period provided by law ([2005] Q.J. No. 15933 (QL) and [2005] Q.J. No. 15934 (QL)).

Cour d’appel et de rétablir la sentence prononcée par la Cour du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[55] Il est bien établi qu’il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l’égard des décisions du juge du procès en matière de détermination de la peine. Je n’ai rien à redire aux motifs clairs et convaincants exprimés sur ce point par mon collègue le juge LeBel. Avec égards, j’arrive toutefois à une conclusion différente quant à l’application de cette règle en l’espèce. Je suis donc d’avis de rejeter l’appel.

II

[56] Lorsque la sentence est portée en appel, l’art. 687 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que la cour d’appel considère « la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et lui confère expressément le pouvoir de la modifier si elle conclut qu’elle est inappropriée.

[57] En l’espèce, la juge du procès a déclaré l’intimé coupable d’agression sexuelle et l’a condamné également pour « production, distribution et possession » de pornographie juvénile ([2005] J.Q. n° 1215 (QL)). L’intimé a été incarcéré sur-le-champ en attendant le prononcé de la sentence. Huit mois plus tard, la juge du procès lui a infligé la peine maximale prévue pour l’infraction d’agression sexuelle — un emprisonnement de 10 ans — dont elle a soustrait 16 mois en raison du temps qu’il avait passé en détention avant le prononcé de la sentence. Pour les chefs relatifs à la pornographie, la juge du procès l’a condamné à purger 5 ans d’emprisonnement au total, consécutivement à sa peine d’emprisonnement pour agression sexuelle. La juge du procès a aussi déclaré l’intimé « délinquant à contrôler » au sens de l’art. 753.1 du *Code* et l’a soumis à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période additionnelle de 10 ans, soit, encore une fois, la période maximale prévue par la loi ([2005] J.Q. n° 15933 (QL) et [2005] J.Q. n° 15934 (QL)).

[58] At the time of sentence, the respondent was 31 years old. This was his first prison sentence. He did, however, have a previous conviction for sexual assault, committed when he was 17. The facts relevant to his convictions in this case, and the details regarding the sentences imposed, are fully set out in the reasons of Justice LeBel.

[59] On an appeal by the respondent, the Court of Appeal reduced his sentence for sexual assault from 10 years to 6 (again, less 16 months on account of pre-sentence custody), and the sentence on the child pornography counts from 5 years to 3 years ([2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735). The long-term offender finding and the 10-year supervision order were left undisturbed.

[60] The only issue in this Court is whether the majority in the Court of Appeal erred in finding that the custodial sentences were “unfit” within the meaning of s. 687 of the *Criminal Code*. And, in this regard, there is no dispute that a sentence will not be considered unfit if the trial judge, bearing in mind the relevant facts, applied the governing principles correctly and the sentence itself is neither manifestly inadequate nor manifestly excessive.

[61] A governing principle of particular relevance to this appeal is set out in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*, which requires the sentencing court to take into consideration the principle that “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”. Reading the separate reasons of Nuss and Côté J.J.A. together, as one must, it may properly be said that the majority in the Court of Appeal reduced the respondent’s cumulative sentence from 15 years to 9 years on the ground that the trial judge failed to adequately consider this principle, resulting in a manifestly excessive sentence.

[62] It is true that Côté J.A. disagreed in her reasons with the trial judge’s finding that the

[58] Au moment du prononcé de la sentence, l’intimé avait 31 ans et n’avait jamais été condamné à l’emprisonnement. Par ailleurs, il avait déjà été déclaré coupable d’une agression sexuelle, qu’il avait commise à l’âge de 17 ans. Les motifs du juge LeBel exposent tous les faits pertinents aux condamnations et les détails des peines infligées qui sont à l’origine du pourvoi.

[59] À la suite d’un appel de l’intimé, la Cour d’appel a réduit sa peine pour agression sexuelle, qui est passée de 10 à 6 ans (dont il faut toujours soustraire 16 mois en raison du temps passé en détention avant la sentence) et sa peine relative à la pornographie juvénile, qui est passée de 5 à 3 ans ([2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735). Elle n’a pas modifié la déclaration de délinquant à contrôler ni l’ordonnance de surveillance pour une période de 10 ans.

[60] La seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en concluant que les peines d’emprisonnement n’étaient pas « justes » au sens de l’art. 687 du *Code criminel*. À cet égard, il n’est pas contesté qu’une peine ne sera pas considérée inappropriée lorsque le juge du procès a correctement appliqué les bons principes, en tenant compte des faits pertinents, et que la peine n’est en soi ni manifestement inadéquate, ni manifestement excessive.

[61] L’un des principes applicables est particulièrement pertinent en l’espèce, soit celui de l’harmonisation des peines énoncé à l’al. 718.2b) du *Code criminel*, selon lequel le tribunal doit infliger des « peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Après avoir lu ensemble, comme il se doit, les motifs exprimés séparément par les juges Nuss et Côté, on peut affirmer à juste titre que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont réduit la peine cumulative de l’intimé de 15 à 9 ans parce que la juge du procès n’avait pas tenu dûment compte de ce principe, ce qui l’avait amenée à infliger une peine manifestement excessive.

[62] Il est vrai que la juge Côté a affirmé, dans ses motifs, ne pas partager l’opinion de la juge du procès

maximum sentence for sexual assault was justified on the “worst offender, worst offence” criterion, but her conclusion ultimately rests on an extensive and detailed review of the sentences meted out in sexual assault cases involving child victims, and related cases of child pornography. She considered as well the range of sentences imposed for incest, which is punishable by 14 years’ imprisonment as opposed to 10 for sexual assault. Côté J.A. recognized that the respondent had not been charged with that offence but nonetheless found sentences for incest relevant, bearing in mind the facts of this case. Her conclusion that the sentences imposed by the trial judge were unfit rests, ultimately, on its disparity in relation to the other sentences she reviewed.

[63] In his separate reasons, moreover, Nuss J.A. made it clear that he did not adopt the observations of Côté J.A. regarding the “worst offender, worst offence” branch of the trial judge’s decision. I therefore think it right to conclude, as mentioned earlier, that the majority decision in the Court of Appeal rests essentially on the excessive severity of the impugned sentences in relation to the sentences imposed in reasonably similar cases. In my view, the court did not err in varying the sentence imposed by the trial judge for this reason. Nor did it err in finding that the respondent’s reprehensible conduct warranted a lengthy term of imprisonment — 9 years — followed by 10 years of supervision in the community.

[64] Parliament has now recognized in s. 718.2(b) of the *Criminal Code* that parity is a principle that trial judges *must* consider in determining a fit sentence. Failure to do so adequately thus amounts *in itself* to a reviewable error in principle: appellate intervention does not depend, in my respectful view, on the existence of an *additional* error in principle as well.

[65] I am aware, of course, that the disparity of an impugned sentence will only justify appellate intervention where the sentence imposed by the

que la peine maximale pour agression sexuelle était justifiée selon le critère « du pire délinquant et de la pire infraction », mais sa conclusion s’appuie, en définitive, sur une étude approfondie et détaillée des peines infligées dans des cas d’agression sexuelle commise contre un enfant et des cas connexes de pornographie juvénile. Elle a aussi pris en considération l’éventail des peines imposées pour l’infraction d’inceste, qui est punissable d’un emprisonnement de 14 ans comparativement à 10 ans pour une agression sexuelle. La juge Côté a reconnu que l’intimé n’avait pas été accusé d’inceste, mais elle estimait que les peines imposées pour cette infraction étaient pertinentes, compte tenu des faits de l’affaire. Sa conclusion que les peines infligées par la juge du procès étaient inappropriées repose, au bout du compte, sur leur disparité avec les peines infligées dans les autres cas qu’elle a étudiés.

[63] De plus, dans ses motifs séparés, le juge Nuss a clairement indiqué qu’il n’adhérait pas aux observations de la juge Côté concernant le volet « pire délinquant et pire infraction » de la décision de la juge du procès. Il me semble donc juste de conclure que l’opinion majoritaire de la Cour d’appel repose essentiellement sur la sévérité excessive des peines contestées par rapport à celles imposées dans des cas raisonnablement semblables. À mon avis, la cour n’a pas commis d’erreur en modifiant, pour ce motif, la peine infligée par la juge du procès. Elle n’a pas fait erreur non plus en concluant que la conduite répréhensible de l’intimé justifiait une longue période d’emprisonnement — soit de 9 ans — suivie de 10 ans de surveillance dans la collectivité.

[64] Le législateur a maintenant reconnu, à l’al. 718.2b) du *Code criminel*, que les juges du procès sont *tenus* de considérer le principe de la parité pour déterminer quelle est la peine appropriée. Leur omission d’en tenir dûment compte constitue *en soi* une erreur de principe révisable : une intervention en appel n’est pas subordonnée, à mon avis, à l’existence d’une erreur de principe *additionnelle*.

[65] Je suis bien sûr conscient que la disparité d’une peine contestée ne justifie une intervention en appel que dans les cas où la peine infligée par

trial judge represents a substantial and marked departure from sentences customarily imposed on similar offenders for committing similar crimes: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92. Moreover, appellate scrutiny on a claim of disparity is subject to due regard for the need to individualize sentences. But where a substantial and marked departure has been made out — as the Court of Appeal found was the case here — the sentence may in my view be varied to bring it within the acceptable range: see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 48.

[66] I need hardly add that taking into consideration the principle of parity “does not require the court to apply it without regard to the other principles of sentencing set out in the *Code* or in binding decisions of the courts”: *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56, at para. 35.

[67] Finally, in fairness to the trial judge and to Justice Côté, I pause here to mention that, in the recent past “[i]t has often been remarked that . . . maximum sentences ought to be reserved for the worst offender committing the worst type of offence” (*per* Lamer C.J., speaking for the Court in *M. (C.A.)*, at para. 36). For the reasons given by Justice LeBel in this case, I agree that this criterion ought nonetheless to be abandoned.

### III

[68] A Court of Appeal cannot vary the sentence imposed at trial merely because it might have instead rendered a different sentence: *Shropshire*, at para. 46. On an appeal by the Crown, it will thus not suffice for the Court of Appeal to conclude that the impugned sentence is *lenient*; nor, on an appeal by the accused, to find that the sentence is *severe*. Rather, a sentence may be varied only if it is found to be *too lenient* or *too severe* — that is to say, “clearly excessive or inadequate”; and therefore unfit (*Shropshire*, at para. 48).

[69] In short, as mentioned at the outset, Courts of Appeal are indeed bound to recognize that trial

le juge du procès s'écarte de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants similaires pour des crimes similaires : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92. De plus, lorsque la disparité est invoquée comme moyen d'appel, il ne faut pas négliger le fait que les peines doivent être individualisées. Si toutefois un écart marqué et substantiel a été établi — comme la Cour d'appel a jugé que c'était le cas en l'espèce —, il est selon moi possible de modifier la peine pour la ramener à l'intérieur des limites acceptables : voir *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 48.

[66] Il n'est guère besoin de préciser que, pour prendre en considération le principe de la parité, le tribunal « n'a pas à l'appliquer sans égard pour les autres principes de détermination de la peine prévus par le *Code* ou établis par des décisions judiciaires contraignantes » : *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56, par. 35.

[67] Enfin, en toute justice pour la juge du procès et pour la juge Côté, je tiens à mentionner en passant qu'il n'y a pas si longtemps, « [o]n a souvent fait remarquer que [les] peines maximales devaient être réservées aux contrevenants de la pire espèce qui commettent les infractions de la pire espèce » (le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour dans *M. (C.A.)*, par. 36). Pour les motifs exposés par le juge LeBel en l'espèce, je conviens néanmoins qu'il faut abandonner ce critère.

### III

[68] Une cour d'appel ne peut pas modifier la peine infligée par le juge du procès simplement parce qu'elle aurait infligé une peine différente : *Shropshire*, par. 46. Il ne suffit pas que le tribunal d'appel conclue que la peine contestée est *clémente*, lorsque le ministère public interjette appel, ni que la peine est *sévère*, lorsque c'est l'accusé qui interjette appel. La peine ne peut être modifiée que si elle est *trop clémente* ou *trop sévère* — c'est-à-dire, « nettement excessive ou inadéquate » et, partant, inappropriée (*Shropshire*, par. 48).

[69] En résumé, comme je l'ai mentionné dès le départ, les cours d'appel doivent effectivement

courts enjoy a broad discretion in sentencing matters. But they are required to intervene where the sentence imposed at trial is shown to be unfit, within the meaning of the decided cases. And in reviewing their decisions on a recognized ground, we should remain mindful that provincial Courts of Appeal are endowed in sentencing matters with a supervisory jurisdiction that this Court is not meant to share. As Lamer C.J. put it in *M. (C.A.)*, at para. 92: “Appellate courts . . . serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada.”

## IV

[70] For all of these reasons, with respect for those who see the matter differently, I would dismiss the appeal.

## APPENDIX

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

**718.** The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

. . .

reconnaître que le tribunal de première instance est investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. Elles doivent toutefois intervenir lorsqu'il est établi que la peine infligée par le juge du procès est inappropriée, selon la jurisprudence. Lorsque nous sommes appelés à réviser leurs décisions fondées sur un motif reconnu, nous ne devons pas oublier que les cours d'appel provinciales possèdent, en matière de détermination de la peine, un pouvoir de surveillance que notre Cour n'a pas la mission de partager. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer, dans *M. (C.A.)*, par. 92 : « . . . les cours d'appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada ».

## IV

[70] Pour tous ces motifs, et avec égards pour ceux qui ne partagent pas mon point de vue, je suis d'avis de rejeter l'appel.

## ANNEXE

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

**718.** Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

. . .



**753.1 (1)** [Application for finding that an offender is a long-term offender] The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

- (a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;
- (b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and
- (c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

*Appeal allowed, FISH J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & LaFrance, Montréal.*

**753.1 (1)** [Demande de déclaration — délinquant à contrôler] Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;
- b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;
- c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

*Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.*

*Procureurs de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & LaFrance, Montréal.*

**Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, François Pigeon, in his capacity as Syndic of the ACAIQ, and Discipline Committee of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec** *Appellants*

v.

**Proprio Direct inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: ASSOCIATION DES COURTIER ET AGENTS IMMOBILIERS DU QUÉBEC v. PROPRIO DIRECT INC.**

**Neutral citation: 2008 SCC 32.**

File No.: 31664.

2008: January 30; 2008: May 30.

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

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

*Law of professions — Real estate brokers and agents — Compensation — Consumer protection — Written form of real estate brokerage contract prescribed by statute and regulations — Broker's compensation tied to sale of property according to form prescribed by regulation — Parties agreeing to modification of form and compensation paid even though no sale taking place — Professional ethics complaint against broker — Discipline committee concluding that broker's practice illegal — Whether real estate brokerage legislation authorizes payment of compensation in absence of sale — Whether seller may waive requirement that broker's compensation be paid only after sale — Standard of review applicable to discipline committee's decision — Real Estate Brokerage Act, R.S.Q., c. C-73.1, ss. 43, 74(17), 155(5), (15) — Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1, s. 26(2) — By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2, ss. 85, 96 — Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, s. 13.*

**Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, François Pigeon, en sa qualité de syndic de l'ACAIQ, et Comité de discipline de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec** *Appelants*

c.

**Proprio Direct inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES COURTIER ET AGENTS IMMOBILIERS DU QUÉBEC c. PROPRIO DIRECT INC.**

**Référence neutre : 2008 CSC 32.**

N<sup>o</sup> du greffe : 31664.

2008 : 30 janvier; 2008 : 30 mai.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit des professions — Courtiers et agents immobiliers — Rétribution — Protection du consommateur — Forme écrite du contrat de courtage immobilier prescrite par la loi et les règlements — Rétribution du courtier liée à la vente de l'immeuble selon le formulaire prescrit par règlement — Modification du formulaire du consentement des parties et rétribution sans vente survenue — Plainte déontologique contre le courtier — Comité de discipline concluant que la pratique du courtier est illégale — La législation relative au courtage immobilier autorise-t-elle une rétribution en l'absence de vente? — Un vendeur peut-il renoncer à ce que la rétribution du courtier soit subordonnée à la vente? — Norme de contrôle applicable à la décision du comité de discipline — Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., ch. C-73.1, art. 43, 74(17), 155(5), (15) — Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1, art. 26(2) — Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2, art. 85, 96 — Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5, art. 13.*

Proprio Direct is a real estate broker in Québec. Vendors were required to pay Proprio Direct a non-refundable “membership fee” when they signed an exclusive brokerage contract, in addition to having to pay a commission if the property sold. Two vendors whose homes were not sold during the contract period complained to the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec about this practice. The membership fee was \$1,262.97 in the case of vendor F and \$1,724.22 in the case of vendors G and P. The discipline committee accepted the syndic’s argument that Proprio Direct’s fee practices violated the Association’s rules, and that a non-refundable fee, payable without a sale, contravened the requirements of the *Real Estate Brokerage Act* (“REBA”). The Court of Québec agreed with the discipline committee’s conclusion that the payment terms of an exclusive brokerage contract were mandatory and that a real estate broker or agent could not, therefore, receive any payment if there were no sale. The Court of Appeal set aside the decision. It acknowledged that REBA was a law of public order for consumer protection, but held that since it found that the provisions dealing with compensation at the time of sale were not mandatory, the parties were free to make their own contractual arrangements.

*Held* (Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the decisions of the discipline committee restored.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Reasonableness is the standard applicable to the discipline committee’s decision. What is at issue in this case is the interpretation by the committee, a body of experts, of its home statute. Ethics being at the core of the committee’s mandate, the question whether Proprio Direct breached standards of ethics by charging a stand-alone, non-refundable fee falls squarely within the committee’s specialized expertise and statutory responsibilities. [18-21]

The discipline committee’s conclusion that the provisions requiring a sale before a broker or agent becomes entitled to compensation are mandatory is reasonable. A plain reading of the legislation supports this view. Pursuant to s. 155(5) of REBA, the government decides which of the forms in REBA are mandatory, and the exclusive brokerage contract at issue here is designated to be a mandatory form by s. 26(2) of the *Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act*. While the Association is the body which proposes

Proprio Direct est un courtier immobilier du Québec, qui demandait aux vendeurs de lui verser des « frais d’adhésion » non remboursables à la signature d’un contrat de courtage exclusif, en plus de la commission payable à la vente de l’immeuble, le cas échéant. Deux vendeurs dont les maisons n’ont pas été vendues pendant la durée du contrat se sont plaints de cette pratique auprès de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec. Les frais d’adhésion s’élevaient à 1 262,97 \$ dans le cas du vendeur F et à 1 724,22 \$ dans le cas des vendeurs G et P. Le comité de discipline a retenu l’argument du syndic selon lequel Proprio Direct se livrait à une pratique contraire aux règles de l’Association en imposant de tels frais et contrevenait à la *Loi sur le courtage immobilier* (« LCI ») en exigeant des frais non remboursables, payables en l’absence d’une vente. La Cour du Québec a fait sienne la conclusion du comité de discipline, selon laquelle les modalités de paiement prévues dans le contrat de courtage exclusif étaient d’application obligatoire et un courtier ou un agent immobilier ne pouvait recevoir aucune rétribution en l’absence d’une vente. La Cour d’appel a infirmé cette décision. Elle a reconnu que la LCI était une loi d’ordre public adoptée pour assurer la protection du consommateur, mais elle a statué que, les dispositions prévoyant la rétribution au moment de la vente n’étant pas obligatoires, les parties étaient libres de définir les modalités de leur entente contractuelle.

*Arrêt* (les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les décisions du comité de discipline sont rétablies.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La norme applicable à la décision du comité de discipline est celle de la décision raisonnable. En l’espèce, la question en litige est l’interprétation par le comité, composé d’experts, de sa loi constitutive. La déontologie étant au cœur du mandat du comité, la question de savoir si Proprio Direct a enfreint les règles de déontologie en facturant des frais indépendants non remboursables relève clairement de l’expertise du comité et des responsabilités que la loi lui attribue. [18-21]

La conclusion du comité de discipline, selon laquelle les dispositions qui subordonnent la rétribution du courtier ou de l’agent immobilier à la survenance d’une vente sont d’application obligatoire, est raisonnable. Le sens ordinaire des dispositions législatives appuie cette conclusion. Le paragraphe 155(5) de la LCI confère au gouvernement le pouvoir de décider quels formulaires sont obligatoires et le par. 26(2) du *Règlement d’application de la Loi sur le courtage immobilier* inclut le contrat de courtage exclusif en cause parmi les

the content of mandatory forms, it is the government that decides what the actual content will be (s. 74(17) *REBA*). This content is then promulgated in the form of a regulation. Every exclusive brokerage contract “must” set out the “nature and manner of the broker’s compensation” (s. 35(9) *REBA*), including “any other particulars determined by government regulation” (s. 35(11)). Section 85(6) of the *By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec* is the regulation that contains those “particulars” about compensation, including that it is payable only in the event of a sale. Since those particulars are rendered part of Chapter III of *REBA* by virtue of s. 35(11), they cannot, pursuant to s. 43, be waived. [21-23] [31-32]

This interpretation is supported too by the fact that the purpose of *REBA* is to protect consumers. The Court of Appeal’s interpretive error was to view the legislation through the lens of freedom of contract and competition rather than through the vision of *REBA* as protective consumer legislation. The legislature has explicitly restricted the parties’ freedom of contract by making the language of the compensation clause a mandatory requirement of the contract. That language ties payment to sale. To allow easy modification of this requirement is to allow easy modification of the protection so clearly designed not to be eroded. Consumer protection trumps freedom of contract, not the other way around. [34] [38]

*Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting):* There is nothing that warrants showing any deference whatsoever to the discipline committee’s decision. The committee has not been shown to have general expertise in statutory interpretation, and this case concerns a real right of appeal from its decisions. The issue, regardless of whether it is viewed from the narrower perspective of the mandatory particulars of the contract or from the broader perspective of a single model of practice for real estate brokers, entails more than a simple statutory interpretation that will affect only the parties. It is likely to affect the future of the brokerage profession in Quebec. The discipline committee held that the conclusion that the fees were illegal led, in law, to an inference that there was prejudice. The conclusion regarding prejudice cannot therefore be characterized as a finding of fact to which an appellate court should show deference. [66-67] [70]

formulaire d’application obligatoire. Bien que l’Association propose le contenu des formulaires obligatoires, c’est le gouvernement qui décide de leur véritable contenu (par. 74(17) de la *LCI*). Ce contenu est ensuite promulgué sous forme de règlement. Tout contrat de courtage exclusif « doit » indiquer la « nature et le mode de paiement de la rétribution du courtier » (par. 35(9) de la *LCI*), y compris « toute autre mention déterminée par règlement du gouvernement » (par. 35(11)). La disposition réglementaire qui contient ces « mentions » concernant la rétribution, et qui prévoit notamment qu’elle ne sera versée que si une vente a lieu, est le par. 85(6) du *Règlement de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*. Comme ces mentions sont incorporées au chapitre III de la *LCI* par l’opération du par. 35(11), nul ne peut y renoncer, suivant l’art. 43. [21-23] [31-32]

Le fait que la *LCI* a pour objet d’assurer la protection du consommateur étaye également cette interprétation. L’erreur d’interprétation commise par la Cour d’appel tient à ce qu’elle a examiné la législation à travers le prisme des principes de la liberté contractuelle et de la libre concurrence, plutôt que dans la perspective de la *LCI* en tant que loi de protection du consommateur. Le législateur a expressément limité la liberté contractuelle des parties en faisant de la clause sur la rétribution une condition obligatoire du contrat. Le libellé utilisé subordonne la rétribution à la survenance d’une vente. S’il était permis de modifier facilement cette exigence, il serait alors permis de modifier facilement la protection qui est manifestement censée demeurer à l’abri de toute atteinte. C’est la protection du consommateur qui prime la liberté contractuelle, et non le contraire. [34] [38]

*Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents):* Aucun élément ne justifie de manifester quelque déférence que ce soit à l’égard de la décision du comité de discipline. L’expertise générale de celui-ci en matière d’interprétation législative n’est pas démontrée et on se trouve ici en présence d’un droit d’appel réel de ses décisions. La question en litige, qu’on la voie sous l’angle plus étroit des mentions obligatoires du contrat ou sous l’angle plus large du modèle unique pour la pratique du courtage immobilier, déborde le cadre d’une simple interprétation législative dont l’impact serait limité aux parties. Elle est susceptible d’influer sur l’avenir de la profession de courtier au Québec. Le comité de discipline a considéré que la conclusion d’illégalité des frais menait à inférer en droit l’existence d’un préjudice. La conclusion sur le préjudice ne peut donc être qualifiée de constatation de faits à l’égard de laquelle un tribunal d’appel devrait faire preuve de déférence. [66-67] [70]

The legislature has expressly provided in *REBA* for a number of limits on brokers' compensation. However, no particular manner of payment is required. Section 35 merely requires the parties to set out the selected manner of payment of compensation in their brokerage contract. If the legislature had intended that all the provisions of the form included in the By-law of the Association constitute mandatory particulars of the contract, it would not have explicitly included specific provisions on mandatory particulars in *REBA* and would not have given the government the responsibility to determine, by the Regulation respecting the application of the Act, mandatory particulars in addition to those provided for in *REBA*. The only interpretation that gives meaning and a distinct scope to the different provisions is one to the effect that the Regulation respecting the application of the Act and the By-law of the Association are distinct instruments that are addressing different subjects. *REBA* and the Regulation respecting the application of the Act set out the provisions that the contract is required to include, whereas the By-law of the Association establishes the form from which the parties may depart as long as their agreement does not violate an otherwise mandatory provision. The provision concerning the broker's compensation is not mandatory. The mandatory nature of the contract's clauses derives not from the form but from ss. 32 to 43 of *REBA*, s. 27 of the Regulation respecting the application of the Act and the relevant provisions of the *Civil Code of Québec*. Moreover, if the form could not be modified, the legislature would not have approved the provisions of the By-law of the Association allowing it to be modified: provision would not have been made for a possibility of modifying or adding to it. [49] [52] [57-58] [63]

The Association is responsible for determining the content of the form, not for proposing it. The argument that the interpretation of the By-law of the Association should be based on the government's review of its content and, more specifically, on the difference between the October 1993 draft amendment and the approved version, is wrong. The requirement that a delegate's regulation be approved does not substitute the government for the delegate. The Association's power is based on s. 74(17) *REBA*, not s. 155(15). [55] [61-62] [72-78]

### Cases Cited

By Abella J.

**Referred to:** *Pigeon v. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090; *Pigeon v. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9; *Moreau-Bérubé v.*

Le législateur a expressément prévu dans la *LCI* plusieurs limites concernant la rétribution du courtier. Cependant, aucun mode particulier de paiement n'est imposé. L'article 35 oblige simplement les parties à indiquer dans leur contrat de courtage le mode de rétribution choisi. Si le législateur avait voulu que toutes les dispositions du formulaire compris dans le Règlement de l'Association constituent des mentions obligatoires du contrat, il n'aurait pas expressément incorporé à la *LCI* des dispositions spécifiques traitant des mentions obligatoires ni confié au gouvernement la responsabilité de fixer, par le Règlement d'application, les mentions obligatoires s'ajoutant à celles prévues par la *LCI*. La seule interprétation qui donne un sens et une portée distincte aux différents textes est celle affirmant que le Règlement d'application et le Règlement de l'Association constituent des instruments distincts portant sur des objets différents. La *LCI* et le Règlement d'application prévoient les dispositions que le contrat doit obligatoirement inclure alors que le Règlement de l'Association porte sur le formulaire, auquel les parties peuvent déroger dans la mesure où leur entente ne contrevient pas à une disposition par ailleurs impérative. La rétribution du courtier n'est pas une de ces dispositions. Le caractère obligatoire des clauses du contrat ne découle pas du formulaire mais plutôt des art. 32 à 43 de la *LCI*, de l'art. 27 du Règlement d'application et des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*. De plus, si le formulaire n'avait pas été susceptible de modification, le législateur n'aurait pas approuvé les dispositions du Règlement de l'Association qui permettent de le faire : aucune possibilité de le modifier ou d'y ajouter ne serait prévue. [49] [52] [57-58] [63]

La responsabilité de l'Association est de déterminer le contenu du formulaire et non d'en faire la proposition. L'argument d'interprétation du Règlement de l'Association basé sur le contrôle gouvernemental exercé sur son contenu, et plus précisément sur la différence entre le projet de modification d'octobre 1993 et le texte approuvé, n'est pas fondé. L'approbation du règlement d'un délégué ne substitue pas le gouvernement au délégué. Le fondement de l'autorité de l'Association est le par. 74(17) de la *LCI* et non le par. 155(15). [55] [61-62] [72-78]

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090; *Pigeon c. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC

*New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

By Deschamps J. (dissenting)

*Chambre immobilière du Grand Montréal v. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, [2007] R.J.Q. 504; *Pigeon v. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600; *Pigeon v. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090.

#### Statutes and Regulations Cited

*By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2, ss. 85, 91 to 100.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1384, 2098.  
*Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, ss. 164 to 177.1.  
*Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q., c. C-73.1, ss. 32 to 43, 66, 74(17), 136, 155(5), (15).  
*Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1, s. 26(2), 27.  
*Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, s. 13.

#### Authors Cited

Barsalou, Claude. *Le contrat de courtage immobilier: vente d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.  
 Garant, Patrice. *Précis de droit des administrations publiques*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.  
 L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.  
 Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.  
 Ziegel, Jacob S. "The Future of Canadian Consumerism" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 191.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Bich and Côté J.J.A.), [2006] R.J.Q. 1762, [2006] Q.J. No. 7477 (QL), 2006 CarswellQue 14258, 2006 QCCA 978, dismissing a decision of Renaud J.C.Q., [2004] Q.J. No. 7420 (QL), 2004 CarswellQue 2121. Appeal allowed, Deschamps and Rothstein J.J. dissenting.

9; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Chambre immobilière du Grand Montréal c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, [2007] R.J.Q. 504; *Pigeon c. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600; *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1384, 2098.  
*Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, art. 164 à 177.1.  
*Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., ch. C-73.1, art. 32 à 43, 66, 74(17), 136, 155(5), (15).  
*Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1, art. 26(2), 27.  
*Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2, art. 85, 91 à 100.  
*Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5, art. 13.

#### Doctrine citée

Barsalou, Claude. *Le contrat de courtage immobilier: vente d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.  
 Garant, Patrice. *Précis de droit des administrations publiques*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.  
 L'Heureux, Nicole. *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.  
 Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.  
 Ziegel, Jacob S. « The Future of Canadian Consumerism » (1973), 51 *R. du B. can.* 191.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Bich et Côté), [2006] R.J.Q. 1762, [2006] J.Q. n° 7477 (QL), 2006 CarswellQue 6812, 2006 QCCA 978, qui a rejeté une décision du juge Renaud, [2004] J.Q. n° 7420 (QL), 2004 CarswellQue 2121. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*Marc Gaucher and Jean-François Savoie*, for the appellants.

*Pierre-André Côté and Marc Simard*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — The dispute in this appeal arises out of the interpretation of legislation designed to protect consumers engaged in buying or selling real estate. The specific issue is whether real estate brokers and agents in Quebec are permitted to charge vendors a fee even if the property is not sold.

## BACKGROUND

[2] The *Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q., c. C-73.1 (“*REBA*”), regulates the real estate brokerage profession in Quebec. *REBA* sets out the powers and duties of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec (the Association of Real Estate Brokers and Agents of Quebec). The role of the Association, set out in s. 66 of *REBA*, is to protect the public from breaches of ethical standards by members of the real estate profession:

66. The primary role of the Association is to ensure the protection of the public by the enforcement of rules of professional ethics and the professional inspection of its members, and in particular by seeing to it that its members pursue their activities in accordance with the Act and the regulations. . . .

[3] The Association consists of a board of directors, a professional inspection committee, a syndic, and a discipline committee. It maintains a register of all its members. A person cannot be a real estate agent or broker unless he or she holds a certificate issued by the Association.

[4] The *Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, are enforced through the office of a syndic, who is also responsible for ensuring that real estate brokers adhere to the

*Marc Gaucher et Jean-François Savoie*, pour les appelants.

*Pierre-André Côté et Marc Simard*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le pourvoi porte sur l’interprétation de dispositions législatives visant à protéger le consommateur qui vend ou achète un immeuble. Plus précisément, la Cour doit déterminer si, au Québec, les courtiers et agents immobiliers peuvent faire payer des frais aux vendeurs même dans le cas où la vente n’a pas lieu.

## CONTEXTE

[2] La *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., ch. C-73.1 (« *LCI* »), régit le courtage immobilier au Québec. La *LCI* délimite les pouvoirs et devoirs de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec. La mission de l’Association, énoncée à l’art. 66 de la *LCI*, est d’assurer la protection du public contre les manquements aux règles de déontologie par les membres de la profession :

66. L’Association a pour principale mission d’assurer la protection du public par l’application des règles de déontologie et l’inspection professionnelle de ses membres en veillant, notamment à ce que l’activité de ses membres soit poursuivie conformément à la loi et aux règlements. . . .

[3] L’Association est constituée d’un conseil d’administration, d’un comité d’inspection professionnelle, d’un syndic et d’un comité de discipline. Elle tient un registre de tous ses membres. Nul ne peut exercer l’activité de courtier ou d’agent immobilier s’il n’est titulaire d’un certificat délivré par l’Association.

[4] Le syndic veille à l’application des *Règles de déontologie de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5 (« *Règles de déontologie de l’ACAIQ* »), et à l’observation par les courtiers immobiliers de la *LCI*

*REBA* and its regulations. The syndic is appointed by the board of directors. If he or she has grounds to believe that a member of the Association has committed an offence under *REBA* or the regulations, the syndic can undertake an investigation.

[5] Proprio Direct is a real estate broker in Quebec. Vendors were required to pay Proprio Direct a non-refundable “membership fee” when they signed an Exclusive Brokerage Contract, in addition to having to pay a commission if the property sold. Two vendors whose homes were not sold during the contract period complained to the Association about this practice.

[6] As a result of an investigation, the syndic concluded that the complaints about Proprio Direct warranted a hearing before the Association’s discipline committee. The syndic alleged that Proprio Direct’s practice of charging a fee whether or not the property was sold, was prohibited by *REBA*. It was, therefore, contrary to s. 13 of the Association’s Rules:

13. A member shall not participate in any act or practice in real estate matters which may be illegal or which may cause prejudice to the public or to the profession.

[7] The joint statement of facts submitted to the discipline committee by the parties confirmed that two vendors of residential property had signed Exclusive Brokerage Contracts agreeing to pay Proprio Direct not only a non-refundable membership fee, but also a commission in the form of a percentage of the final selling price of the property. The membership fee was \$1,262.97 in the case of the vendor Huguette Filiatrault whose home was listed for \$99,900, and \$1,724.22 in the case of Laurent Girouard and Diane Paquin whose home was listed for \$169,900. In addition, both contracts provided for a commission in the event of sale. Neither property sold while the listing agreement was in force and neither membership fee was returned.

et de ses règlements d’application. Le syndic est nommé par le conseil d’administration. Le syndic peut faire enquête, s’il a des motifs de croire qu’un membre de l’Association a enfreint la *LCI* ou ses règlements d’application.

[5] Proprio Direct est un courtier immobilier du Québec, qui demandait aux vendeurs de lui verser des « frais d’adhésion » non remboursables à la signature d’un contrat de courtage exclusif, en plus de la commission payable à la vente de l’immeuble, le cas échéant. Deux vendeurs dont les maisons n’ont pas été vendues pendant la durée du contrat se sont plaints de cette pratique auprès de l’Association.

[6] Après enquête, le syndic a conclu qu’il y avait lieu de déférer les plaintes contre Proprio Direct au comité de discipline de l’Association. Le syndic a fait valoir que la pratique de Proprio Direct d’exiger des frais, que la vente ait lieu ou non, était interdite par la *LCI* et, partant, contraire à l’art. 13 des *Règles de déontologie de l’ACAIQ* :

13. Le membre ne doit participer à aucun acte ou pratique, en matière immobilière, qui puisse être illégal ou qui puisse porter préjudice au public ou à la profession.

[7] L’exposé conjoint des faits présenté au comité de discipline par les parties confirmait que les deux vendeurs d’immeubles résidentiels avaient signé des contrats de courtage exclusifs dans lesquels ils acceptaient de verser à Proprio Direct non seulement des frais d’adhésion non remboursables, mais aussi une commission représentant un pourcentage du prix de vente définitif de l’immeuble. Les frais d’adhésion s’élevaient à 1 262,97 \$ dans le cas d’Huguette Filiatrault, dont la maison avait été mise en vente pour 99 900 \$, et à 1 724,22 \$ dans le cas de Laurent Girouard et Diane Paquin, dont la maison avait été mise en vente pour 169 900 \$. En outre, les deux contrats prévoyaient le versement d’une commission advenant la vente de l’immeuble. Proprio Direct n’a vendu ni l’un ni l’autre des immeubles pendant la durée du contrat de courtage immobilier et n’a remboursé ni l’un ni l’autre des vendeurs de leurs frais d’adhésion.



[8] The majority of Proprio Direct's clients paid these non-refundable fees when the brokerage contracts were signed. There was also a "sale-guaranteed-or-money-back" option in the contracts, but it was only available if the client paid double the "membership fee".

[9] The discipline committee accepted the syndic's argument that Proprio Direct's fee practices violated the Association's Rules, and that a non-refundable fee, payable without a sale, contravened the requirements of *REBA*. In its opinion, labelling the non-refundable payment a "membership fee" was [TRANSLATION] "deceptive and represented an abuse of power" over consumers. The purpose of the Exclusive Brokerage Contract was to permit the vendor to benefit from the services of an agent or broker with a view to a sale. The discipline committee concluded that if Proprio Direct wanted to offer a different kind of service, it should not hold itself out as a real estate broker or agent.

[10] In support of its conclusion that a sale was a statutory precondition to the receipt of compensation by a real estate agent or broker, the discipline committee noted that in October 1993, the board of directors of the Association had proposed amendments to the government which would have permitted payment to brokers and agents whether or not a sale took place. The government rejected this proposal in the revised regulation which came into force in January 1994. This rejection, the discipline committee concluded, demonstrated that the legislature's intention was to link a real estate broker's entitlement to compensation with a sale.

[11] Proprio Direct's non-refundable payment practices were, as a result, found by the discipline committee to be illegal and to cause prejudice to the public.

[12] At a subsequent hearing to consider the appropriate sanction, the committee concluded that the need for a deterrent to other members

[8] La majorité des clients de Proprio Direct ont payé ces frais non remboursables au moment de la signature des contrats de courtage. Ils pouvaient aussi se prévaloir de l'option « vente garantie ou argent remis » prévue dans les contrats, à la condition de verser le double du montant initialement prévu à titre de « frais d'adhésion ».

[9] Le comité de discipline a retenu l'argument du syndic selon lequel Proprio Direct se livrait à une pratique contraire aux *Règles de déontologie de l'ACAIQ* en imposant de tels frais et contrevenait à la *LCI* en exigeant des frais non remboursables, payables en l'absence d'une vente. Selon le comité de discipline, le fait de qualifier le montant non remboursable de « frais d'adhésion » était un « leurre et un procédé abusif » envers les consommateurs. Le contrat de courtage exclusif avait pour but de permettre au vendeur de bénéficier des services d'un agent ou d'un courtier pour vendre son immeuble. Le comité de discipline a conclu que Proprio Direct ne devait pas se présenter comme un agent ou un courtier immobilier si elle voulait offrir un autre type de service.

[10] Pour étayer sa conclusion voulant que la rétribution de l'agent ou du courtier immobilier soit subordonnée à la réalisation d'une vente, le comité de discipline a souligné que le conseil d'administration de l'Association avait soumis au gouvernement, en octobre 1993, des modifications qui auraient autorisé la rétribution des courtiers et agents, qu'une vente ait lieu ou non. Or le gouvernement n'a pas retenu cette proposition dans le règlement modifié qui est entré en vigueur en janvier 1994 et le comité de discipline en a déduit que le législateur avait l'intention de lier le droit du courtier immobilier d'être rétribué à la survenance d'une vente.

[11] Le comité de discipline a donc conclu que la pratique de Proprio Direct d'exiger des paiements non remboursables était illégale et portait préjudice au public.

[12] Lors d'une audience ultérieure portant sur la sanction à infliger, le comité a conclu que la réprimande seule ne serait pas indiquée, parce qu'elle ne

of the profession meant that a reprimand alone would not have been appropriate. It acknowledged, however, that Proprio Direct had, as a result of the discipline committee's decision, incurred reorganization costs and reimbursed clients who had paid membership fees. In light of these efforts, the committee was of the opinion that the imposition of a minimal fine of \$600 for each of the two complaints would be a sufficient sanction.

[13] Proprio Direct sought judicial review. Renaud J.C.Q. applied the standard of reasonableness to the decisions of the discipline committee ([2004] Q.J. No. 7420 (QL)). He observed that *REBA* was adopted by the legislature to ensure the protection of consumers. He acknowledged that while some of the provisions in an Exclusive Brokerage Contract could be amended under *REBA*, they could not be modified in such a way as to [TRANSLATION] "stray in substance from the obligations" contained in the mandatory forms. He agreed with the discipline committee's conclusion that the payment terms of an Exclusive Brokerage Contract were mandatory and that a real estate broker or agent could not, therefore, receive any payment if there was no sale. He also agreed with the discipline committee's sanction.

[14] The Court of Appeal overturned the decision ([2006] R.J.Q. 1762, 2006 QCCA 978), applying a correctness standard to whether the provisions at issue were mandatory, and reasonableness to whether the practices could cause prejudice to the public. It did not consider the payment terms of *REBA* to be mandatory and was, accordingly, unanimously of the view that the legislation did not preclude payment in the absence of a sale. It also disagreed with Renaud J.C.Q.'s conclusion that only minor changes that do not change the essential nature of the contract could be made, concluding instead that parties should be able to modify any terms of the contract not explicitly expressed in the legislation to be mandatory. The government's rejection of the Association's proposed amendment in 1993 did not lead the Court

répondrait pas à la nécessité de dissuader les autres membres de la profession. Il a toutefois reconnu que, par suite de sa décision, Proprio Direct avait engagé des dépenses de restructuration et remboursé les frais d'adhésion payés par ses clients. Compte tenu des efforts déployés par Proprio Direct, le comité a jugé que l'amende minimale de 600 \$ pour chacune des deux plaintes constituait une sanction suffisante.

[13] Proprio Direct a demandé le contrôle judiciaire des décisions du comité de discipline. Le juge Renaud de la Cour du Québec leur a appliqué la norme de la décision raisonnable ([2004] J.Q. n° 7420 (QL)). Il a souligné que le législateur avait adopté la *LCI* dans le but d'assurer la protection du consommateur. Il a reconnu que, même si la *LCI* autorisait la modification de certaines clauses du contrat de courtage exclusif, ces modifications ne pouvaient pas « s'éloigner essentiellement des obligations » prévues dans les formulaires obligatoires. Il a fait sienne la conclusion du comité de discipline, selon laquelle les modalités de paiement prévues dans le contrat de courtage exclusif étaient d'application obligatoire et un courtier ou un agent immobilier ne pouvait recevoir aucune rétribution en l'absence d'une vente. Il a également approuvé la sanction infligée par le comité de discipline.

[14] La Cour d'appel a infirmé cette décision, ([2006] R.J.Q. 1762, 2006 QCCA 978), en appliquant la norme de la décision correcte à la question de l'application obligatoire des dispositions en cause, et la norme de la décision raisonnable à la question de savoir si les pratiques contestées portaient préjudice au public. Étant d'avis que les dispositions de la *LCI* relatives à la rétribution n'étaient pas d'application obligatoire, elle a conclu à l'unanimité que la *LCI* n'empêchait nullement le versement d'une rétribution en l'absence d'une vente. La Cour d'appel ne partageait pas non plus l'avis du juge Renaud selon lequel seuls des changements mineurs qui ne modifient pas la nature même du contrat pouvaient être apportés; elle a plutôt conclu que les parties devaient pouvoir modifier toutes les clauses du contrat dont un texte législatif ne prescrit

of Appeal to conclude that the legislature sought to link compensation to a sale.

[15] The Court of Appeal acknowledged that *REBA* was a law of public order for consumer protection, but held that since it found that the provisions dealing with compensation at the time of sale were not mandatory, the parties were free to make their own contractual arrangements. Laws and regulations, it concluded, should be interpreted consistently with the dual liberties of free competition and freedom of contract. In the Court of Appeal's view, these constitute [TRANSLATION] "the foundation of our society's economic organization" (para. 73). Absent an explicit prohibition, therefore, the legislature must be presumed not to have intended to interfere with either the parties' freedom of contract or the principle of free competition.

[16] It was irrelevant that the services offered to vendors were not those normally offered by a broker. Proprio Direct's contractual practices, while different from industry practices, were not unlawful. As a result, they did not cause prejudice to the public.

#### ANALYSIS

[17] The purpose of *REBA* is to protect consumers. As s. 66 states, the "primary role" of the Association is the protection of the public from breaches of ethical norms by members of the real estate profession.

[18] Upholding these ethics is at the core of the discipline committee's mandate and the Quebec Court of Appeal has consistently applied a reasonableness standard to its decisions under *REBA*. This deferential degree of scrutiny was articulated in *Pigeon v. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090, by Chamberland J.A., and in *Pigeon v. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600, by

pas expressément l'application obligatoire. Le rejet par le gouvernement de la modification proposée par l'Association en 1993 n'a pas amené la Cour d'appel à conclure que le législateur voulait subordonner la rétribution à la survenance d'une vente.

[15] La Cour d'appel a reconnu que la *LCI* était une loi d'ordre public adoptée pour assurer la protection du consommateur. Elle a néanmoins statué que, les dispositions prévoyant la rétribution au moment de la vente n'étant pas obligatoires, les parties étaient libres de définir les modalités de leur entente contractuelle. Elle a ajouté que les lois et règlements devaient être interprétés en conformité avec les principes de la libre concurrence et de la liberté contractuelle, qui constituent à son avis « le fondement de l'organisation économique de notre société » (par. 73). À défaut d'interdiction explicite, il faut donc présumer que le législateur n'avait l'intention de restreindre ni la liberté contractuelle des parties ni le principe de la libre concurrence.

[16] Il n'importait aucunement que les services offerts aux vendeurs ne correspondent pas à ceux ordinairement offerts par un courtier. Les pratiques contractuelles de Proprio Direct, quoique différentes des pratiques courantes dans ce secteur d'activité, n'étaient pas illégales. Par conséquent, elles ne portaient pas préjudice au public.

#### ANALYSE

[17] La *LCI* a pour objet d'assurer la protection du consommateur. Comme l'indique l'art. 66 de la *LCI*, l'Association a pour « principale mission » d'assurer la protection du public contre les manquements aux règles de déontologie par les membres de la profession.

[18] Le rôle fondamental du comité de discipline est d'assurer le respect de ces règles de déontologie et la Cour d'appel du Québec a toujours appliqué la norme de la décision raisonnable aux décisions qu'il rend sous le régime de la *LCI*. Cette méthode d'analyse empreinte de déférence a été établie par le juge Chamberland, dans *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090, et par le juge Dalphond, dans

Dalphond J.A. In the first of these cases, as in this case, no privative clause existed. Chamberland J.A. explained that, despite the absence of this protection, the expertise of the committee dictated a deferential standard of review:

[TRANSLATION] . . . even though the Act provides for a right of appeal from the discipline committee's decisions, the expertise of the committee, the purpose of the Act and the nature of the issue all favour greater deference than under the standard of correctness. The appropriate standard of review is therefore reasonableness . . . . [para. 36]

[19] Dalphond J.A. amplified the rationale for deferring to the committee's expertise in the second case which, by virtue of a slightly different legislative scheme, had a form of privative clause:

[TRANSLATION] Regarding the expertise of the discipline committee, as my colleague Chamberland J.A. pointed out in *François Pigeon v. Stéphane Daigneault*, . . . it is not in doubt. The majority of the committee's members come from the real estate brokerage field (s. 131 of the Act) and have an intimate knowledge of that sector of economic activity. The legislature thus intended to establish a peer justice system, as it was aware that on questions of ethics, the expected standards of conduct are generally better defined by people who work in the same sector and can gauge both the interests of the public and the constraints of the specific economic sector (*Pearlman v. Manitoba Law Society*, [1991] 2 S.C.R. 869). On the other hand, a judge of the Civil Division of the Court of Quebec . . . cannot claim to have special expertise in the area of professional discipline, and this is even more true in matters relating to real estate brokerage. This second factor once again favours some deference as regards the interpretation of the standards of conduct applicable to brokers and the imposition of appropriate penalties. [Emphasis added; para. 27.]

[20] The decision under appeal in this case is a departure from that deferential approach. In my view, with respect, the standard of review applied in the earlier cases by Dalphond and Chamberland J.A. is to be preferred and is in greater compliance with *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9 (at paras. 54 and 55).

*Pigeon c. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600. Dans la première affaire, comme en l'espèce, il n'existait aucune clause privative. Le juge Chamberland a expliqué que, en dépit de l'absence de cette mesure de protection, l'expertise du comité dictait une norme de contrôle empreinte de déférence :

[B]ien que la loi prévoit un droit d'appel des décisions du Comité de discipline, l'expertise de ce comité, l'objet de la loi et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. La norme de contrôle appropriée est donc celle de la décision raisonnable . . . [par. 36]

[19] Dans la deuxième affaire où, en raison d'un régime législatif légèrement différent, une forme de clause privative était en jeu, le juge Dalphond a étoffé ce raisonnement favorable à la déférence envers l'expertise du comité :

Quant à l'expertise du Comité de discipline, comme le souligne mon collègue le juge Chamberland dans l'arrêt *François Pigeon c. Stéphane Daigneault*, [. . .] elle ne fait pas de doute. En effet, le Comité est composé, majoritairement, de gens du milieu du courtage immobilier (art. 131 de la Loi) qui connaissent intimement ce secteur d'activités économiques. Le législateur a donc voulu une justice par des pairs, conscient qu'en matière de déontologie les normes de comportement attendues sont généralement mieux définies par des personnes qui œuvrent dans le secteur et qui peuvent mesurer à la fois les intérêts du public et les contraintes d'un secteur économique donné (*Pearlman c. Manitoba Law Society*, [1991] 2 R.C.S. 869). Par contre, le juge œuvrant à la chambre civile de la Cour du Québec [. . .] ne saurait prétendre posséder une expertise particulière en matière de discipline professionnelle et, encore moins, en matière de courtage immobilier. Ce deuxième facteur milite encore une fois en faveur d'un degré de retenue quant à l'interprétation des normes de conduite propres au courtier et l'imposition des sanctions appropriées. [Je souligne; par. 27.]

[20] La décision dont nous sommes saisis s'écarte de cette démarche empreinte de déférence. J'estime, avec égards, qu'il faut privilégier la norme de contrôle que les juges Dalphond et Chamberland ont appliqué dans ces arrêts antérieurs et qui est davantage conforme à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008

In particular, the presence or absence of a privative clause, while relevant, is not determinative (*Dunsmuir*, at para. 52).

[21] What is at issue here is the interpretation by the discipline committee, a body of experts, of its home statute (*Dunsmuir*, at para. 54; see also *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 32). The legislature assigned authority to the Association, through the experience and expertise of its discipline committee, to apply — and necessarily interpret — the statutory mandate of protecting the public and determining what falls beyond the ethical continuum for members of the Association. The question whether Proprio Direct breached those standards by charging a stand-alone, non-refundable fee falls squarely within this specialized expertise and the Association's statutory responsibilities. I see nothing unreasonable in the discipline committee's conclusion that the provisions requiring a sale before a broker or agent is entitled to compensation, are mandatory.

[22] A plain reading of the legislation supports this view. Pursuant to s. 155(5) of *REBA* (the relevant legislative provisions are set out in the Appendix), the government decides which of the forms in *REBA* are mandatory:

155. The Government may, by regulation, determine . . .

(5) the forms whose form is mandatory;

[23] The Exclusive Brokerage Contract at issue in this case is designated to be a mandatory form by

CSC 9 (par. 54 et 55). Précisons plus particulièrement que l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, quoique pertinente, n'est pas déterminante (*Dunsmuir*, par. 52).

[21] En l'espèce, la question en litige est l'interprétation, par le comité de discipline, composé d'experts, de sa loi constitutive (*Dunsmuir*, par. 54; voir aussi *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 32). Le législateur a confié à l'Association le mandat d'assurer la protection du public et de statuer sur la conformité des activités de ses membres avec les règles de déontologie, mandat dont elle s'acquitte en faisant appel à l'expérience et à l'expertise de son comité de discipline et qui suppose forcément l'interprétation des dispositions pertinentes. La question de savoir si Proprio Direct a enfreint ces règles en facturant des frais indépendants non remboursables relève clairement de l'expertise du comité et des responsabilités que la loi attribue à l'Association. Je ne vois rien de déraisonnable dans la conclusion du comité de discipline selon laquelle les dispositions qui subordonnent la rétribution du courtier ou de l'agent immobilier à la survenance d'une vente sont d'application obligatoire.

[22] Le sens ordinaire des dispositions législatives appuie cette conclusion. Le paragraphe 155(5) de la *LCI* (les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe) confère au gouvernement le pouvoir de décider quels formulaires sont obligatoires :

155. Le gouvernement peut déterminer, par règlement : . . .

5° les formulaires qui doivent revêtir une forme obligatoire;

[23] Le paragraphe 26(2) du *Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*, R.R.Q.,

s. 26(2) of the *Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1 (“Regulation”):

26. The forms whose form is mandatory [include]

. . .

(2) the form entitled “Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable” in respect of an immovable referred to in section 32 of the Act;

This means that an Exclusive Brokerage Contract must be in a mandatory form.

[24] The content of mandatory forms is proposed by the board of directors of the Association, and is subject to government approval. The government is thereby the ultimate author of the by-law. This is set out in s. 74(17) of *REBA*:

74. The board of directors must determine, by by-law subject to government approval

. . .

(17) the content, form and use of the mandatory forms designated by government regulation;

[25] The provisions setting out what an Exclusive Brokerage Contract must contain are found in Chapter III of *REBA*. Chapter III, consisting of ss. 32 to 43, is headed by the words: Rules Relating to Certain Real Estate Brokerage Contracts. Section 43, the last section, states that no individual can waive the rights set out in Chapter III:

43. No natural person may, by special agreement, waive the rights conferred on him by this chapter.

[26] Section 32 states that Chapter III applies to every contract in which a broker acts as an intermediary for the sale, lease or exchange of residential property containing fewer than five dwellings.

[27] Section 35 sets out what every contract *must* include. According to s. 35(9), every contract *must*

ch. C-73.1, r. 1 (« *Règlement d'application de la LCI* »), inclut le contrat de courtage exclusif parmi les formulaires d'application obligatoire :

26. Les formulaires qui doivent revêtir une forme obligatoire sont [notamment] :

. . .

2° le formulaire « Contrat de courtage exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel » à l'égard d'un immeuble visé par l'article 32 de la loi;

Le contrat de courtage exclusif doit donc revêtir une forme obligatoire.

[24] Le contenu des formulaires obligatoires est proposé par le conseil d'administration de l'Association et soumis à l'approbation du gouvernement. Le gouvernement est ainsi l'auteur ultime du règlement. C'est ce que prévoit le par. 74(17) de la *LCI* :

74. Le conseil d'administration doit déterminer, par règlement soumis à l'approbation du gouvernement :

. . .

17° le contenu, la forme et l'utilisation des formulaires obligatoires désignés par règlement du gouvernement;

[25] Les dispositions prescrivant le contenu du contrat de courtage exclusif se trouvent au chapitre III de la *LCI*. Ce chapitre, qui comprend les art. 32 à 43, est intitulé « Règles relatives à certains contrats de courtage immobilier ». La dernière disposition, l'art. 43, dispose que nul ne peut renoncer aux droits que lui confère le chapitre III :

43. La personne physique ne peut, par convention particulière, renoncer aux droits que lui confère le présent chapitre.

[26] L'article 32 précise que le chapitre III s'applique à tout contrat en vertu duquel le courtier s'engage à agir comme intermédiaire pour la vente, la location ou l'échange d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements.

[27] Quant à l'art. 35, il dresse la liste de tous les éléments que *doit* contenir le contrat. Ainsi, selon

include the “nature and manner of payment of the broker’s compensation”. Section 35(11) states that the contract *must* contain “any other particulars determined by government regulation”.

[28] Section 155(15) of *REBA* gives the government the authority to determine, by regulation, what particulars, in addition to those set out in s. 35, *must* be included in an Exclusive Brokerage Contract. Those “particulars” have been delineated by the government through the passage of s. 85 of the *By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2 (“By-Law”). Section 85 states that the mandatory Exclusive Brokerage Contract referred to in s. 26(2) of the Regulation *shall* contain certain provisions. Most pertinently, those found in s. 85(6) deal with compensation for real estate agents and brokers:

85. . . .

The seller shall pay to the broker . . . upon the signing of the act of sale, compensation of:

per cent ( \_\_ %) of the sale price provided for in section (*indicate the number of the contract provision establishing the sale price*) or of another sale price to which the seller agrees in writing; . . .

(1) where a promise to purchase conforming to the conditions of sale set out in this brokerage contract (and in any amendments thereto) is submitted to the seller during the term of this contract and in fact leads to the sale of the immovable; or

(2) where an agreement concerning the sale of the immovable is concluded during the term of this contract, whether through the broker or not, and in fact leads to the sale of the immovable; or

(3) where a sale takes place, within 180 days following the expiry date of this contract, with a person who was interested in the immovable during the term of this contract, unless, during that period, the seller concluded with another real estate broker a contract stipulated to be exclusive for the sale of the immovable.

Nothing stipulated in [this] section . . . shall be interpreted as restricting the broker’s right to obtain, where

le par. 35(9), le contrat *doit* indiquer la « nature et le mode de paiement de la rétribution du courtier ». Aux termes du par. 35(11), le contrat *doit* inclure « toute autre mention déterminée par règlement du gouvernement ».

[28] Le paragraphe 155(15) de la *LCI* confère au gouvernement le pouvoir de déterminer, par règlement, les mentions que *doit* contenir le contrat de courtage exclusif, outre celles déjà énumérées à l’art. 35. Ces « mentions » ont été énoncées par le gouvernement à l’art. 85 du *Règlement de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2 (« *Règlement de l’ACAIQ* »). L’article 85 dispose que le contrat de courtage exclusif obligatoire, visé au par. 26(2) du *Règlement d’application de la LCI*, *doit* contenir certaines clauses. Sont tout particulièrement pertinentes les dispositions du par. 85(6), qui portent sur la rétribution des agents et courtiers immobiliers :

85. . . .

Le vendeur versera au courtier [ . . . ] au moment de la signature de l’acte de vente, une rétribution de :

\_\_\_\_\_ pour cent ( \_\_ %) du prix de vente prévu à l’article (*indiquer le numéro de la disposition du contrat qui établit le prix de vente*) ou d’un prix de vente autre auquel le vendeur aura donné son assentiment par écrit, le cas échéant; . . .

1° si une promesse d’achat conforme aux conditions de vente énoncées au présent contrat de courtage (et ses amendements, le cas échéant) lui est présentée pendant la durée dudit contrat et que cette promesse d’achat conduise effectivement à la vente de l’immeuble, ou

2° si une entente visant à vendre l’immeuble est conclue pendant la durée du présent contrat, que ce soit par ou sans l’intermédiaire du courtier, et que cette entente conduise effectivement à la vente de l’immeuble, ou

3° si une vente a lieu dans les 180 jours suivant la date d’expiration du contrat avec une personne qui a été intéressée à l’immeuble pendant la durée du contrat, sauf si, durant cette période, le vendeur a conclu avec un autre courtier immobilier un contrat stipulé exclusif pour la vente de l’immeuble.

Rien dans ce qui est stipulé à l’article [ . . . ] ne doit être interprété comme venant restreindre le droit du

applicable, payment of any sums of money that may be due to him as compensation or damages under the ordinary rules of ordinary law, particularly, but without limiting the generality of the foregoing, where a sale does not take place because the seller voluntarily blocks it or otherwise voluntarily prevents the free performance of this contract.

[29] This provision unequivocally ties compensation to sale. The only exception to this requirement is also clearly stipulated — a breach of contract by the vendor.

[30] Sections 91 to 100 of the By-Law express how amendments are made. Sections 99 and 100 state that the holder of a real estate certificate *shall* use specified mandatory forms if they wish to amend the Exclusive Brokerage Contract. None of these forms derogate from compensation being linked to sale. I do not, with respect, share the Court of Appeal's view that ss. 91 to 100 and, in particular s. 96 of the By-Law, permit the parties to change any mandatory term which ties compensation to sale. Parts of the mandatory form are blank and anticipate personalized terms. They are, in my view, the only parts of the form real estate agents are entitled to change or strike out.

[31] This closes the circle. Exclusive Brokerage Contracts must be in mandatory form (s. 26(2) of the Regulation). While the Association is the body which *proposes* the content of mandatory forms, it is the government that decides what the actual content will be (s. 74(17) of *REBA*). This content is then promulgated in the form of a regulation and published in the *Gazette officielle du Québec*. Without this promulgation, the Association's proposals have no legal force.

[32] Every Exclusive Brokerage Contract "must set out . . . the nature and manner of payment of the broker's compensation" (s. 35(9) of *REBA*), including "any other particulars determined by

courtier d'obtenir, le cas échéant, le paiement de toutes sommes pouvant lui être dues à titre de rétribution ou de dommages-intérêts selon les règles ordinaires du droit commun notamment, mais sans limiter la généralité de ce qui précède, dans le cas où la vente n'aurait pas lieu parce que c'est le vendeur qui y a volontairement fait obstacle ou qui a autrement volontairement empêché la libre exécution du présent contrat.

[29] Cette disposition relie sans équivoque la rétribution à la survenance d'une vente. En outre, elle précise clairement la seule exception à cette règle, soit la rupture du contrat par le vendeur.

[30] Les articles 91 à 100 du *Règlement de l'ACAIQ* précisent de quelle manière les modifications doivent être apportées. Les articles 99 et 100 prévoient que le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier *doit* utiliser les formulaires obligatoires applicables s'il veut modifier le contrat de courtage exclusif. Aucun de ces formulaires ne déroge au principe selon lequel la rétribution est reliée à la survenance d'une vente. En toute déférence, je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel les art. 91 à 100, et notamment l'art. 96 du *Règlement de l'ACAIQ*, permettent aux parties de modifier n'importe quelle condition obligatoire qui subordonne la rétribution à la survenance d'une vente. Le formulaire obligatoire contient des blancs où peuvent être insérées des conditions personnalisées. Ce sont, selon moi, les seuls éléments du formulaire que les agents immobiliers peuvent modifier ou biffer.

[31] La boucle est ainsi bouclée. Les contrats de courtage exclusifs doivent revêtir une forme obligatoire (par. 26(2) du *Règlement d'application de la LCI*). Bien que l'Association *propose* le contenu des formulaires obligatoires, c'est le gouvernement qui décide de leur véritable contenu (par. 74(17) de la *LCI*). Ce contenu est ensuite promulgué sous forme de règlement et publié dans la *Gazette officielle du Québec*. Sans cette promulgation, les propositions de l'Association n'ont aucun effet juridique.

[32] Le contrat de courtage exclusif « doit » indiquer la « nature et le mode de paiement de la rétribution du courtier » (par. 35(9) de la *LCI*), y compris « toute autre mention déterminée par règlement du



government regulation” (s. 35(11) of *REBA*). Section 85(6) of the By-Law is the regulation that contains those “particulars” about compensation, including that it is payable only in the event of a sale. Those particulars are thereby rendered by s. 35(11) to be part of Chapter III and cannot, pursuant to s. 43, be waived. That means that the right not to have to pay compensation unless there is a sale, cannot be waived.

[33] The government does not merely rubber-stamp the suggestions from the Association. In fact, the Association’s proposed content of the By-Law in 1993 was that there be compensation whether or not a sale took place. It submitted the following amendments for the government’s approval:

## 5. REMUNERATION

5.1 The **VENDOR** shall pay the **BROKER**, [including for residential property], a remuneration of:

     per cent (      %) of the sale price, or, if there is no sale, the [asking price] . . .

This was reviewed and modified by the legislature later that same year. The government rejected the phrase “if there is no sale” proposed by the Association. Instead, it used the words “upon the signing of the act of sale” and “in fact leads to the sale of the immovable” (s. 85(6) of the By-Law). This not only reinforces the fact that the regulation emanates from the government, it also confirms the intention, as clearly stated in the statute — that vendors need only pay compensation to brokers when a sale of the property occurs.

[34] This interpretation is supported too by the fact that the purpose of *REBA* is to protect consumers. The Court of Appeal’s interpretive error, with respect, was to view the legislation through the lens of freedom of contract and competition, rather than through the vision of *REBA* as protective consumer legislation.

gouvernement » (par. 35(11) de la *LCI*). La disposition réglementaire qui contient ces « mentions » concernant la rétribution, et qui prévoit notamment qu’elle ne sera versée que si une vente a lieu, est le par. 85(6) du *Règlement de l’ACAIQ*. Ces mentions sont ainsi incorporées au chapitre III par l’opération du par. 35(11) et, suivant l’art. 43, nul ne peut y renoncer. Il est donc impossible de renoncer au droit de ne pas avoir à verser de rétribution à moins qu’une vente ait lieu.

[33] Le gouvernement n’entérine pas automatiquement les propositions de l’Association. En fait, dans son projet de règlement déposé en 1993, l’Association proposait qu’une rétribution soit versée indépendamment de la survenance d’une vente. Elle a soumis les modifications suivantes à l’approbation du gouvernement :

## 5. RÉTRIBUTION

5.1 Le **VENDEUR** versera au **COURTIER**, [notamment pour un immeuble résidentiel], une rétribution de :

     pour cent (      %) du prix fixé pour la vente, ou, en l’absence d’une vente, du [prix demandé] . . .

Plus tard, la même année, le législateur a révisé et modifié cette proposition. Le gouvernement n’a pas retenu le libellé « en l’absence d’une vente » proposé par l’Association. Il a plutôt retenu les formulations « au moment de la signature de l’acte de vente » et « conduite effectivement à la vente de l’immeuble » (par. 85(6) du *Règlement de l’ACAIQ*), ce qui non seulement atteste que le règlement émane du gouvernement, mais confirme l’intention que, comme le dit clairement le texte législatif, les vendeurs ne soient tenus de verser une rétribution aux courtiers que lorsque leur immeuble est vendu.

[34] Le fait que la *LCI* a pour objet d’assurer la protection du consommateur étaye également cette interprétation. J’estime, en toute déférence, que la Cour d’appel a commis une erreur d’interprétation en examinant la législation à travers le prisme des principes de la liberté contractuelle et de la libre concurrence, plutôt que dans la perspective de la *LCI*, considérée comme une loi de protection du consommateur.

[35] Professor Nicole L'Heureux explained why the principle of freedom of contract generally yields to that of consumer protection in *Droit de la consommation* (5th ed. 2000), at p. 18:

[TRANSLATION] Thus, because of the particular circumstances the consumer faces when entering into a contract in the marketplace, consumer protection law tempers the principles of freedom of contract and individual autonomy that should, theoretically in civil law, ensure contractual fairness. Since the parties are not on an equal footing, contractual equilibrium must be restored by a special legal mechanism that establishes a departure from the foundational postulate of the civil law theory of contract. In pursuit of this objective, the court does more than simply interpret the contract or apply a statutory provision. It has the discretion to assess the entire transaction and apply the criterion of contractual imbalance.

[36] Professor Jacob Ziegel elaborated on the realities underlying the goals for consumer protection legislation:

First, a disparity of bargaining power between the supplier of goods or services and the consumer to whom they are being offered; secondly, a growing and frequently total disparity of knowledge concerning the characteristics and technical components of the goods or services; and, thirdly, a no less striking disparity of resources between the two sides, whether that disparity reflects itself in a consumer's difficulty to obtain redress unaided for a legitimate grievance or in a supplier's ability to absorb the cost of a defective product as part of his general overhead as compared to the consumer to whom its malfunctioning may represent the loss of a considerable capital investment.

(“The Future of Canadian Consumerism” (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 191, at p. 193)

[37] It would contradict the consumer protection goals at the heart of *REBA* if the consistent use of the words “must”, “shall” and “mandatory” to describe the requisite content of Exclusive Brokerage Contracts could be amended cavalierly by private agreement. Section 43 confirms, on the

[35] La professeure Nicole L'Heureux a expliqué les raisons pour lesquelles le principe de la protection du consommateur prime généralement celui de la liberté contractuelle dans *Droit de la consommation* (5<sup>e</sup> éd. 2000), p. 18 :

Le droit de la consommation tempère donc les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté qui, théoriquement en droit civil, doivent assurer la justice contractuelle, en raison des circonstances particulières dans lesquelles le consommateur contracte sur le marché. Puisque les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité, l'équilibre contractuel doit être rétabli par un mécanisme juridique particulier qui consacre la rupture avec le postulat sur lequel se fonde la théorie des contrats en droit civil. Dans la recherche de cet objectif, le tribunal fait plus que la simple interprétation du contrat ou l'application d'une disposition législative. Il jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'ensemble de l'opération et appliquer le critère du déséquilibre contractuel.

[36] Le professeur Jacob Ziegel a exposé dans le détail les réalités sur lesquelles reposent les objectifs de la législation en matière de protection du consommateur :

[TRADUCTION] Premièrement, l'inégalité du pouvoir de négociation entre le fournisseur de biens ou de services et le consommateur à qui ces biens ou services sont offerts; deuxièmement, l'inégalité croissante et souvent flagrante de la connaissance des caractéristiques et composantes techniques des biens ou services; troisièmement, l'inégalité tout aussi manifeste des ressources de part et d'autre, qu'elle se traduise par la difficulté du consommateur à obtenir réparation sans aide dans le cas d'une plainte légitime ou par la capacité du fournisseur d'absorber dans ses frais généraux les coûts occasionnés par un produit défectueux comparativement à la perte éventuelle par le consommateur de la somme importante qu'il a investie pour se procurer le bien défectueux.

(« The Future of Canadian Consumerism » (1973), 51 *R. du B. can.* 191, p. 193)

[37] Il serait contraire aux objectifs de protection du consommateur, qui représentent des éléments fondamentaux de la *LCI*, de permettre que les dispositions prescrites d'un contrat de courtage exclusif puissent être modifiées cavalièrement par une convention particulière, malgré l'utilisation

contrary, that the legislature's intention was that this content *not* be waived. This makes it unnecessary to determine whether and how to apply the waiver principles of public order, which would be engaged only if the language itself was not mandatory.

[38] The legislature has explicitly restricted the parties' freedom of contract by making the language of the compensation clause a mandatory requirement of the contract. That language ties payment to sale. To allow easy modification of this requirement is to allow easy modification of the protection so clearly designed not to be eroded. Consumer protection trumps freedom of contract, not the other way around.

[39] The discipline committee was therefore entitled to find that Proprio Direct's non-refundable membership fees were not permitted by the statutory scheme, and to conclude that such practices could cause prejudice to the public or the profession.

[40] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

English version of the reasons of Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[41] DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal concerns the scope of the regulatory authority of the appellant Association des courtiers et agents immobiliers du Québec (“Association”). I conclude that the Association has the power to establish the content of certain forms but not to set the terms of an agreement between a real estate broker and his or her client, the seller. More specifically, the legislature did not delegate to the Association the power to determine what the broker and the client can agree on as regards the manner of payment of the broker's compensation. For this reason, I am of the opinion that it was not open to the discipline

constante des termes « doit » ou « obligatoire » pour en énoncer le contenu. L'article 43 de la *LCI* confirme au contraire que le législateur souhaitait que les parties *ne* puissent *pas* renoncer à ces éléments obligatoires des contrats. Il est donc inutile de déterminer si et, le cas échéant, comment les principes d'ordre public touchant la renonciation devraient s'appliquer, car ces principes n'entreieraient en jeu que si le libellé lui-même ne revêtait pas un caractère obligatoire.

[38] Le législateur a expressément limité la liberté contractuelle des parties en faisant de la clause sur la rétribution une condition obligatoire du contrat. Le libellé utilisé subordonne la rétribution à la survenance d'une vente. S'il était permis de modifier facilement cette exigence, il serait alors permis de modifier facilement la protection qui est manifestement censée demeurer à l'abri de toute atteinte. C'est la protection du consommateur qui prime la liberté contractuelle, et non le contraire.

[39] Le comité de discipline pouvait donc conclure que le régime législatif ne permettait pas à Proprio Direct d'exiger des frais d'adhésion non remboursables et que de telles pratiques pouvaient porter préjudice au public ou à la profession.

[40] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[41] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le pourvoi concerne l'étendue du pouvoir de réglementation de l'appelante, l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec (« Association »). Je conclus que l'Association possède le pouvoir d'établir le contenu de certains formulaires mais non celui de fixer les conditions de l'entente liant le courtier et son client, le vendeur. Plus particulièrement, le législateur n'a pas délégué à l'Association le pouvoir de déterminer les modalités de la rétribution dont peuvent convenir un courtier et son client. Pour ce motif, je suis d'avis que le comité de discipline ne pouvait conclure que l'intimée

committee to conclude that the respondent, Proprio Direct, had committed a breach of professional ethics in agreeing with its clients on the payment of membership fees. I agree with the conclusion of the Court of Appeal ([2006] R.J.Q. 1762) and would dismiss the appeal.

[42] The Association is putting the services offered by Proprio Direct on trial under the guise of a professional ethics complaint. It will therefore be necessary to discuss, at least summarily, how Proprio Direct's practices differ from those of most Quebec brokers.

[43] When it appeared before the Association's discipline committee, Proprio Direct had been a real estate broker for many years. It had developed a range of services. At the relevant times, the services it offered enabled owners wanting to do so to sell their property on their own, hence the name Proprio Direct. In addition, upon payment of a non-refundable membership fee, a property owner could benefit from advertising and from the multiple listing service. For the same limited services, the owner also had the option of paying a higher fee that would be refundable if the property was not sold during the contract term. It was also possible for an owner to retain the services of an agent in the usual way.

[44] Proprio Direct's distinctive practices caused friction. For example, the Greater Montréal Real Estate Board took the position that because an owner could choose to sell his or her own property, the offer of sale was ineligible for its multiple listing service. On that occasion, the Association sided with Proprio Direct and successfully argued that the parties could modify the form's non-mandatory terms: *Chambre immobilière du Grand Montréal v. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, [2007] R.J.Q. 504 (C.A.), at paras. 6 and 63.

[45] In my view, the same reasoning applies in the case at bar. Indeed, I find it surprising that the Association endorsed this principle in the dispute

Proprio Direct, avait commis une faute déontologique en convenant avec ses clients du versement de frais d'adhésion. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel ([2006] R.J.Q. 1762) et je suis d'avis de rejeter l'appel.

[42] Sous le couvert d'une plainte déontologique, l'Association fait le procès des services offerts par Proprio Direct. Il convient donc de préciser, au moins sommairement, en quoi la pratique de Proprio Direct se distingue du modèle suivi par la majorité des courtiers au Québec.

[43] Au moment de sa comparution devant le comité de discipline de l'Association, Proprio Direct œuvre déjà dans le domaine du courtage immobilier depuis bon nombre d'années. Elle a mis au point une gamme de services. Aux moments pertinents, elle permettait aux propriétaires qui le désiraient de vendre eux-mêmes leur immeuble, d'où son nom, Proprio Direct. En outre, moyennant paiement de frais d'adhésion non remboursables, un propriétaire pouvait bénéficier de services de publicité et du service inter-agences. Pour ces mêmes services limités, le propriétaire pouvait aussi choisir de payer des frais plus élevés, lesquels étaient remboursables si aucune vente ne survenait pendant la période de validité du contrat. Le propriétaire pouvait aussi bénéficier des services d'un agent suivant le modèle usuel.

[44] La pratique distinctive de Proprio Direct a créé des heurts. Ainsi, la Chambre immobilière du Grand Montréal a exprimé l'avis que le choix laissé au propriétaire de vendre lui-même son immeuble rendait l'offre de vente inadmissible à son service inter-agences. À cette occasion, l'Association a pris le parti de Proprio Direct et a fait valoir, avec succès, que les conditions non impératives du formulaire pouvaient être modifiées par les parties : *Chambre immobilière du Grand Montréal c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, [2007] R.J.Q. 504 (C.A.), par. 6 et 63.

[45] À mon avis, le même raisonnement s'applique ici. Je trouve d'ailleurs étonnant que l'Association ait défendu cette règle dans le litige opposant

between Proprio Direct and the Greater Montréal Real Estate Board but is now supporting the opposite position. The recourse to an ethics complaint is even more surprising, given that, according to submissions made at the discipline committee's hearing on the penalty, Proprio Direct's distinctive practice of agreeing on the payment of non-refundable membership fees had been adopted at least seven years earlier.

[46] I will begin by discussing the Association's argument that the parties cannot depart from the terms of the form, after which I will consider the level of deference owed to the discipline committee in light, in particular, of the right of appeal provided for in the *Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q., c. C-73.1 ("Act"). I will conclude by commenting on an argument emphasized by the discipline committee and by my colleague Abella J.

1. Source of the Mandatory Nature of Certain Particulars of the Brokerage Contract

[47] Chapter III of the Act (ss. 32 to 43) sets out the rules applicable to real estate brokerage contracts between natural persons and brokers for the sale, lease or exchange of residential immovables containing fewer than five dwellings. Section 43 reads as follows, in language that is normally used to indicate that a provision is mandatory:

43. No natural person may, by special agreement, waive the rights conferred on him by this chapter.

[48] Section 35 sets out what the contract must contain. Paragraph 9 is particularly relevant here:

35. The contract must set out

. . .

(9) the nature and manner of payment of the broker's compensation;

Section 38 limits the cases in which the parties may agree that the broker will be compensated after the contract has expired. Section 39 provides that the contract must specify that the broker is required to submit every promise to purchase, lease or exchange

Proprio Direct à la Chambre immobilière du Grand Montréal mais soutienne ici la thèse contraire. Le recours à une plainte déontologique étonne d'autant plus que, selon les observations faites lors de l'infliction de la sanction, la pratique distinctive de Proprio Direct de convenir du paiement de frais d'adhésion non remboursables aurait été établie au moins sept ans avant l'audience devant le comité de discipline.

[46] Je vais d'abord examiner l'argument de l'Association selon lequel les parties ne peuvent déroger aux termes du formulaire, puis me pencher sur le degré de déférence due au comité de discipline, principalement eu égard au droit d'appel prévu par la *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., ch. C-73.1 (« Loi »), et, enfin, terminer en commentant un argument qui a retenu l'attention du comité de discipline et de ma collègue la juge Abella.

1. Source du caractère obligatoire de certaines mentions du contrat de courtage

[47] Le chapitre III de la Loi (art. 32 à 43) énonce les règles relatives au contrat de courtage immobilier convenu par une personne physique et un courtier pour la vente, la location ou l'échange d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements. L'article 43 énonce ce qui suit, dans des mots usuellement utilisés pour indiquer le caractère impératif d'une disposition :

43. La personne physique ne peut, par convention particulière, renoncer aux droits que lui confère le présent chapitre.

[48] L'article 35 précise ce que doit contenir le contrat. Il est utile de citer en particulier le par. 9 :

35. Le contrat doit indiquer :

. . .

9° la nature et le mode de paiement de la rétribution du courtier;

L'article 38 limite les cas où les parties peuvent convenir que le courtier sera rétribué après l'expiration du contrat. Aux termes de l'art. 39, le contrat doit préciser que le courtier doit remettre à la personne physique toute promesse d'achat,

the property to the natural person. Section 41 states that a broker may claim no compensation following the cancellation of a contract in accordance with s. 40 unless a sale that meets the conditions specified in s. 38 occurs.

[49] Thus, the legislature has expressly provided in the Act for a number of limits on brokers' compensation. However, no particular manner of payment is required. Section 35 merely requires the parties to "set out" the selected manner of payment of compensation in their brokerage contract.

[50] A real estate brokerage contract to which Chapter III of the Act applies is also subject to the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."). It is a contract for services within the meaning of art. 2098 C.C.Q., and a consumer contract as defined in art. 1384 C.C.Q. As a consumer contract, it must conform to the rules concerning abusive, external, illegible or incomprehensible clauses and, like all other contracts, to the rules of public order.

[51] None of the parties in the case at bar are arguing that the contract is inconsistent with Chapter III of the Act or the C.C.Q. The Association contends that the contract is unlawful because the agreed-on clause on membership fees is inconsistent with the brokerage contract form, which provides that the broker's compensation is not to be paid until the time of sale. More specifically, the Association's reasoning is as follows: since it has been given the responsibility under s. 74(17) of the Act to determine, by by-law, the content of the mandatory form, and since the parties are required to use the form provided for in the *By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2 ("By-law of the Association"), it follows that the form's provisions are mandatory clauses of the contract. In my view, this is a false syllogism.

[52] First, absent a provision to the effect that the form's provisions are mandatory, the parties could modify them as long as they complied with the minimum requirements set out in the Act, the *Regulation*

de location ou d'échange. L'article 41 énonce que le courtier ne peut exiger aucune rétribution à la suite de la résolution du contrat prévue à l'art. 40 à moins d'une vente qui satisfasse aux conditions de l'art. 38.

[49] On peut donc constater que le législateur a expressément fixé dans la Loi plusieurs limites concernant la rétribution du courtier. Cependant, aucun mode particulier de paiement n'est imposé. L'article 35 oblige simplement les parties à « indiquer » dans leur contrat de courtage le mode de rétribution choisi.

[50] Le contrat de courtage immobilier visé au chapitre III de la Loi est aussi assujéti au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). Il constitue un contrat de service au sens de l'art. 2098 C.c.Q. et un contrat de consommation défini à l'art. 1384 C.c.Q. À titre de contrat de consommation, il doit respecter les règles concernant les clauses abusives, externes, illisibles ou incompréhensibles et, comme tous les autres contrats, celles concernant l'ordre public.

[51] En l'espèce, aucune partie ne plaide que le contrat contrevient aux dispositions du chapitre III de la Loi ou à celles du C.c.Q. L'Association prétend que l'illégalité provient du fait que la clause convenue concernant les frais d'adhésion déroge au formulaire de contrat de courtage, qui prévoit que la rétribution du courtier ne doit être versée qu'au moment de la vente de l'immeuble. Plus particulièrement, l'Association fait le raisonnement suivant : comme elle s'est vu confier, par le par. 74(17) de la Loi, la responsabilité de déterminer par règlement le contenu du formulaire obligatoire et comme les parties doivent impérativement utiliser le formulaire prévu au *Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2 (« Règlement de l'Association »), il s'ensuit que les dispositions du formulaire constituent les clauses obligatoires du contrat. À mon avis, ce syllogisme est fallacieux.

[52] D'abord, en l'absence d'un texte démontrant le caractère impératif des dispositions du formulaire, les parties pouvaient les modifier si elles respectaient les prescriptions minimales prévues

respecting the application of the *Real Estate Brokerage Act*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1 (“Regulation respecting the application of the Act”), and the C.C.Q. Second, if the legislature had intended that all the form’s provisions constitute mandatory particulars of the contract, it would not have explicitly included specific provisions on mandatory particulars in the Act and would not have given the government the responsibility to determine, by regulation, mandatory particulars in addition to those provided for in the Act. It would not have made sense to draft the Act like this. Moreover, if the form could not be modified, the legislature would not have approved the provisions of the By-law of the Association allowing it to be modified. The only interpretation that gives meaning and a distinct scope to the different provisions is one to the effect that the Regulation respecting the application of the Act and the By-law of the Association are distinct instruments that are addressing different subjects: the mandatory particulars of the contract, on the one hand, and the content of the mandatory form, on the other. The use of the word “mandatory” in the two regulations does not mean that the content of the form is mandatory. What is mandatory is the use of the form. This interpretation follows from the very words of the Act and the regulations.

[53] The Act distinguishes the *contract* — that is, the agreement between the broker and the property owner — from the *form* the parties must use. Chapter III of the Act provides that the *contract* must contain certain mandatory particulars, while s. 155(15) states that the government may, by regulation, determine the other particulars to be included in the *contract* referred to in s. 35. Section 155(15) reads as follows:

155. The Government may, by regulation, determine

. . .

(15) the other particulars which must be included in a contract referred to in section 35;

The government exercised this power in making the Regulation respecting the application of the Act,

par la Loi, le *Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1 (« Règlement d'application »), et le C.c.Q. Ensuite, si le législateur avait voulu que toutes les dispositions du formulaire constituent des mentions obligatoires du contrat, il n'aurait pas expressément incorporé à la Loi des dispositions spécifiques traitant des mentions obligatoires et confié au gouvernement la responsabilité de fixer par règlement les mentions obligatoires s'ajoutant à celles prévues par la Loi. Cette technique de rédaction législative n'aurait eu aucun sens. De plus, si le formulaire n'avait pas été susceptible de modification, le législateur n'aurait pas approuvé les dispositions du Règlement de l'Association qui permettent de le faire. La seule interprétation qui donne un sens et une portée distincte aux différents textes est celle affirmant que le Règlement d'application et le Règlement de l'Association constituent des instruments distincts portant sur des objets différents, l'un sur les mentions obligatoires du contrat, l'autre sur le contenu du formulaire obligatoire. Le mot « obligatoire » utilisé dans les deux règlements ne signifie pas que le contenu du formulaire est obligatoire. Ce qui est obligatoire, c'est l'utilisation du formulaire. Cette interprétation est consacrée dans le texte même de la Loi et des règlements.

[53] La Loi distingue le *contrat*, c'est-à-dire l'entente qui intervient entre le courtier et le propriétaire, du *formulaire* que les parties doivent utiliser. Le chapitre III de la Loi prévoit que le *contrat* doit contenir des mentions obligatoires. Le paragraphe 155(15) de la Loi précise que le gouvernement peut, par règlement, déterminer les autres mentions que doit contenir le *contrat* visé à l'art. 35. Cette disposition est rédigée ainsi :

155. Le gouvernement peut déterminer, par règlement :

. . .

15° les autres mentions que doit contenir le contrat visé à l'article 35;

Le gouvernement a exercé ce pouvoir en prenant le Règlement d'application, dont l'art. 27 prévoit ces

which sets out, in s. 27, these mandatory particulars of the *contract*. Section 27 provides that the *contract* must contain the declarations made by the seller and state the obligations of the seller (the word “*vendeur*” was erroneously rendered as “*buyer*” in the English version of the regulation) and those of the real estate broker.\* The Regulation respecting the application of the Act does not establish the manner of payment of compensation. Thus, it is clear that the clause in issue is inconsistent with neither Chapter III of the Act nor the Regulation respecting the application of the Act made by the government.

[54] At the same time, s. 155(5) of the Act provides that the government may, by regulation, determine the *forms* whose *form* is mandatory.

155. The Government may, by regulation, determine

. . .

(5) the forms whose form is mandatory;

---

\* PARTICULARS IN BROKERAGE CONTRACTS REFERRED TO IN CHAPTER III OF THE ACT

27. In addition to the particulars provided for in Chapter III of the Real Estate Brokerage Act (R.S.Q., c. C-73.1), an exclusive or non-exclusive brokerage contract between a natural person and a real estate broker under which the broker undertakes to act as an intermediary for the sale of an immovable referred to in section 32 of the Act shall

- (1) contain the declarations made by the seller;
- (2) state the obligations of the buyer; and
- (3) state the obligations of the real estate broker.

Such contract shall contain the text of section 40 of the Real Estate Brokerage Act (R.S.Q., c. C-73.1), above the signatures of the parties.

Such contract shall, at the end, bear the signature of the real estate broker or of his affiliated real estate agent or broker, as well as the signature of each owner of the immovable to be sold and, where applicable, an intervention by the spouse of each such owner to the effect that he or she agrees to or concurs in the contract.

mentions obligatoires du *contrat*. Cet article précise que le *contrat* doit indiquer les déclarations et obligations du vendeur ainsi que les obligations du courtier immobilier\*. Le mode de rétribution n'est aucunement fixé par le Règlement d'application. Il est donc clair que la clause litigieuse ne contrevient ni aux prescriptions du chapitre III de la Loi ni au Règlement d'application pris par le gouvernement.

[54] Parallèlement, le par. 155(5) de la Loi prévoit que le gouvernement peut déterminer par règlement les *formulaires* qui doivent revêtir une *forme* obligatoire.

155. Le gouvernement peut déterminer, par règlement :

. . .

5° les formulaires qui doivent revêtir une forme obligatoire;

---

\* MENTIONS AU CONTRAT DE COURTAGE VISÉ AU CHAPITRE III DE LA LOI

27. En outre des mentions prévues au chapitre III de la Loi sur le courtage immobilier (L.R.Q., c. C-73.1), un contrat de courtage exclusif ou non exclusif, conclu entre une personne physique et un courtier en vertu duquel celui-ci s'engage à agir comme intermédiaire pour la vente d'un immeuble visé à l'article 32 de la loi doit indiquer:

- 1° les déclarations du vendeur;
- 2° les obligations du vendeur;
- 3° les obligations du courtier immobilier.

Ce contrat doit de plus comporter le texte de l'article 40 de la Loi sur le courtage immobilier (L.R.Q., c. C-73.1), avant que n'apparaissent les signatures des parties.

Ce contrat doit aussi comporter, à sa toute fin, la signature du courtier immobilier, ou de son agent immobilier ou courtier immobilier affilié, celle de chacun des propriétaires de l'immeuble à vendre de même que, le cas échéant, l'intervention de chaque conjoint des propriétaires à l'effet qu'il consent ou concourt au contrat.



The Regulation respecting the application of the Act provides, in s. 26(2), that the exclusive brokerage contract *form* is one whose “form is mandatory”.

[55] Section 74(17) of the Act provides that the Association must determine, by by-law, the content of the mandatory *forms*, which the Association did in making the By-law of the Association. This is not, as my colleague Abella J. maintains (at paras. 24 and 31), a case in which the Association’s mandate is to “propose” the content of the form to the government, which will then decide on it, but one in which the Association must determine the content of the form subject to approval by the government, which acts as a simple review body. Section 74(17) reads as follows:

74. The board of directors must determine, by by-law subject to government approval

. . .

(17) the content, form and use of the mandatory forms designated by government regulation;

[56] If the legislature had intended that all the provisions of the forms be mandatory, it would not have dealt with the contract and the form separately and would not have provided for two separate delegations. It made its intentions clear by leaving it up to the government to determine the mandatory particulars of the *contract*, and to the Association to determine the content of the *form*. Two separate regulations were adopted: one deals with mandatory particulars, while the other deals with the form. To conclude that the By-law of the Association establishes the mandatory particulars of the contract, it would be necessary to disregard the government’s power to make regulations regarding the mandatory particulars of the contract and the fact that the Association — not the government — has the obligation to determine the content of the form. The areas of authority are distinct, and the Association’s power is limited to determining the content of the form.

Le Règlement d’application énonce, au par. 26(2), que le *formulaire* de contrat de courtage exclusif doit « revêtir une forme obligatoire ».

[55] Le paragraphe 74(17) de la Loi précise que l’Association doit, par règlement, déterminer le contenu du *formulaire* obligatoire, ce qu’elle a fait en établissant le Règlement de l’Association. Il ne s’agit pas d’un cas où l’Association a comme mandat de « proposer » le contenu du formulaire pour que le gouvernement en décide par la suite, comme le soutient ma collègue la juge Abella (par. 24 et 31), mais bien d’un cas où l’Association doit déterminer le contenu du formulaire sujet à l’approbation du gouvernement qui agit comme simple organe de contrôle. La disposition est rédigée comme suit :

74. Le conseil d’administration doit déterminer, par règlement soumis à l’approbation du gouvernement :

. . .

17° le contenu, la forme et l’utilisation des formulaires obligatoires désignés par règlement du gouvernement;

[56] Si le législateur avait voulu que toutes les dispositions du formulaire soient obligatoires, il n’aurait pas traité de façon distincte le contrat et le formulaire et n’aurait pas prévu deux délégations distinctes. Il a clairement manifesté son intention en réservant au gouvernement, d’une part, le soin de déterminer les mentions obligatoires du *contrat* et à l’Association, d’autre part, la responsabilité de déterminer le contenu du *formulaire*. Deux règlements distincts sont adoptés, l’un traite des mentions obligatoires, l’autre régit le formulaire. Pour conclure que le Règlement de l’Association détermine les mentions obligatoires du contrat, il faut faire fi du pouvoir de réglementation du gouvernement en ce qui a trait aux mentions obligatoires du contrat et de l’obligation faite à l’Association, et non au gouvernement, de déterminer le contenu du formulaire. Les champs de compétence sont distincts et celui de l’Association est limité à la détermination du contenu du formulaire.

[57] There is no basis in the above-mentioned provisions for concluding that the form is anything other than what the word “form” generally implies. The legislature did not confuse the contract with the form. The form is the document the parties use to draft the terms of the contract. If a contract’s clause is mandatory, it is not because the clause reproduces the form’s provision. Rather, its mandatory nature derives from ss. 32 to 43 of the Act, s. 27 of the Regulation respecting the application of the Act and the relevant provisions of the C.C.Q.

[58] The analysis of these two distinct delegations of power suffices to refute the Association’s argument, but there is more. The argument that the form cannot be changed or that it is mandatory is contradicted by the very words of the By-law of the Association. Section 93 of this regulation specifies the size of the font to be used in order “to easily distinguish the text of any addition or amendment from the mandatory content of the form”. Thus, this regulation itself provides for the possibility of modifying, adding to or completing the terms of the form. Similarly, s. 96 provides that any “additions or amendments” must pertain only to the object of the terms and conditions of the form. Finally, s. 100 refers to a schedule entitled “Annex G — General” for incorporating terms and conditions that are *added* to those provided for in the form. If the content of the form were mandatory, provision would not have been made for a possibility of modifying or adding to it.

[59] All these provisions clearly show that when this regulation was made, the Association understood that its authority was limited to determining the form and content of the form and that it did not have the authority to establish the terms of a contract between a broker and his or her client, the natural person referred to in s. 32 of the Act.

[60] It can also be seen from the form that while several clauses are mandatory in nature because they relate to Chapter III of the Act, to the provisions of the C.C.Q. on illegible clauses or to professional ethics, others clearly cannot be characterized

[57] Rien dans les dispositions mentionnées ci-dessus ne permet de conclure que le formulaire constitue autre chose que ce que cette notion implique généralement. Le législateur ne confond pas le contrat et le formulaire. Celui-ci est le document que les parties utilisent pour consigner les conditions du contrat. Le caractère obligatoire des clauses du contrat ne découle pas du fait qu’elles reproduisent les dispositions du formulaire, mais plutôt des art. 32 à 43 de la Loi, de l’art. 27 du Règlement d’application et des dispositions pertinentes du C.c.Q.

[58] L’analyse de ces deux délégations de pouvoir distinctes suffit pour écarter l’argument de l’Association, mais il y a plus. L’immuabilité ou le caractère obligatoire du formulaire ne sont pas soutenus par le texte même du Règlement de l’Association. En effet, l’art. 93 de ce règlement fixe la taille du caractère typographique devant être utilisé pour « distinguer facilement le texte de tout ajout ou modification, de celui du contenu obligatoire du formulaire ». Ce règlement lui-même prévoit donc la possibilité de modifier les dispositions du formulaire, d’y ajouter ou de les compléter. De même, l’art. 96 précise que les « ajouts ou modifications » doivent porter uniquement sur l’objet visé par les termes et conditions du formulaire. De plus, l’art. 100 fait état d’une « Annexe G Générale » destinée à incorporer les termes et conditions qui *s’ajoutent* aux conditions prévues par le formulaire. Si le contenu de celui-ci était obligatoire, aucune possibilité de le modifier ou d’y ajouter ne serait prévue.

[59] Toutes ces dispositions démontrent clairement que lors de l’adoption de ce règlement, l’Association comprenait bien que son mandat se limitait à déterminer la forme et le contenu du formulaire et qu’il n’était pas de son ressort d’établir les conditions du contrat entre le courtier et son client, la personne physique visée à l’art. 32 de la Loi.

[60] L’examen du formulaire révèle par ailleurs que si plusieurs clauses ont un caractère obligatoire en raison de leur rattachement au chapitre III de la Loi, aux dispositions du C.c.Q. traitant des clauses illisibles ou encore de leur caractère déontologique,

as mandatory. The modifications that are possible transcend the examples of terms relating to advance notice of showings or to curtain rods, blinds or electrical installations, which the form includes in the sale. For instance, the form states that costs relating to the repayment of a secured debt must be borne by the seller where they are not to be paid by the buyer. I find it hard to imagine that a third party could be barred from assuming the payment of such costs, or that the form could not be modified to reflect the terms of an agreement between the buyer and the seller. All in all, I see nothing sacrosanct in the indication in the form that the seller is, upon the signing of the act of sale, to pay the broker compensation in an amount that is left blank. The possibility of modifying this indication was accepted as long ago as 1996 by Claude Barsalou, one of Quebec's few authorities on real estate brokerage:

[TRANSLATION] In our view, it would be open to the client to waive, subject to the above comments on the conditions of that waiver, the mandatory content determined by by-law with respect to "the nature and manner of payment of the broker's compensation" and, more generally, the content relating to the particulars required in s. 35 of the new Act. The power to determine, by by-law, the content of the mandatory forms is not set out in the provisions whose terms cannot be waived by the client. Moreover, the legislature has made it clear that the prohibition against a client's waiver of his or her rights by special agreement applies only to the rights set out in ss. 32 to 43 of the new Act.

*(Le contrat de courtage immobilier: vente d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements (1996), at pp. 115-16)*

[61] The Regulation respecting the application of the Act and the By-law of the Association do not close the circle, as Abella J. writes. There are two problems that result in what I believe can only be an unfortunate confusion. First, my colleague concludes (at para. 28) that s. 155(15) of the Act is the provision that conferred the authority to make the By-law of the Association, whereas the provision that actually did so is s. 74(17). As I mentioned above, s. 155(15) of the Act authorizes the

d'autres ne peuvent de toute évidence pas être qualifiées d'impératives. Les modifications possibles dépassent l'exemple des conditions du préavis de visite ou des tringles à rideaux, stores ou installations électriques que le formulaire inclut dans la vente. Ainsi, le formulaire précise que les frais reliés au remboursement d'une créance garantie qui ne seraient pas payés par l'acquéreur seront à la charge du vendeur. Je conçois difficilement qu'un tiers puisse être empêché d'intervenir pour prendre à sa charge de tels frais et que le formulaire ne puisse être modifié pour refléter les conditions de l'entente entre le vendeur et l'acheteur. En somme, je ne vois rien de sacro-saint dans la mention du formulaire prévoyant que le vendeur versera, au moment de la signature de l'acte, une rétribution dont le montant est laissé en blanc. Que cette mention puisse être modifiée était déjà accepté, en 1996, par l'auteur Claude Barsalou, une des rares autorités au Québec en matière de courtage immobilier :

À notre avis, le client pourrait renoncer, sous réserve des commentaires formulés précédemment sur les modalités de cette renonciation, au contenu obligatoire fixé par règlement se rapportant à « la nature et [au] mode de paiement de la rétribution du courtier », et plus globalement, au contenu se rapportant aux mentions exigées par l'article 35 de la nouvelle loi. En effet, le pouvoir de déterminer par règlement le contenu des formulaires obligatoires n'est pas énoncé aux articles dont les dispositions ne peuvent faire l'objet d'une renonciation par le client. De plus, l'impossibilité pour le client de renoncer, par convention particulière, à ses droits est clairement délimitée par le législateur aux droits énoncés aux articles 32 à 43 de la nouvelle loi.

*(Le contrat de courtage immobilier: vente d'un immeuble résidentiel de moins de cinq logements (1996), p. 115-116)*

[61] Le Règlement d'application et le Règlement de l'Association n'agissent pas comme une boucle comme le dit la juge Abella. Deux problèmes sont à l'origine de ce qui, à mon avis, ne peut être qu'une malheureuse confusion. D'une part, ma collègue conclut (au par. 28) que le par. 155(15) de la Loi est la disposition autorisant la prise du Règlement de l'Association, alors que c'est le par. 74(17). Comme je l'ai mentionné ci-dessus, le par. 155(15) de la Loi confie au gouvernement, et non à l'Association,

government — not the Association — to determine the mandatory particulars of a contract, and the government exercised this power by making the Regulation respecting the application of the Act, not the By-law of the Association.

[62] Second, my colleague maintains (at paras. 24 and 31) that the government's approval of the By-law of the Association makes it a government regulation. This assertion is contrary to what is now recognized as a basic rule of public law. By definition, every regulation is "delegated legislation", regardless of whether the delegate is the government or an administrative body. Where the legislature provides that the government must approve a delegate's regulation, it creates a review mechanism but does not substitute the government for the delegate (P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques* (4th ed. 2005), at pp. 152, 153, 154 and 189; see also D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at paras. 501 and 504). The fact that the government had to approve the By-law of the Association does not, as my colleague suggests, transform the form into a contract. The content of the Association's form is not determined by the government, and the By-law of the Association is not a regulation that determines the "particulars which must be included in a contract" (s. 155(15)).

[63] The Act and the two regulations are distinct: the Act and the Regulation respecting the application of the Act set out the provisions that the contract is required to include, whereas the By-law of the Association establishes the form from which the parties may depart as long as their agreement does not violate an otherwise mandatory provision. The provision concerning the broker's compensation is not mandatory.

[64] The Association is seeking, by means of its complaint, to regulate the practices of brokers and impose the monolithic model endorsed by most Quebec brokers, who find the new model disturbing in several respects. The new model clearly has a disruptive effect on their practices and also has an impact on prices. In an active market, it is easy

le pouvoir de déterminer les mentions obligatoires du contrat et le gouvernement a exercé ce pouvoir en adoptant le Règlement d'application, non le Règlement de l'Association.

[62] D'autre part, ma collègue soutient (aux par. 24 et 31) que l'approbation par le gouvernement du Règlement de l'Association fait de ce texte un règlement émanant du gouvernement. Cet énoncé va à l'encontre de ce qui est maintenant reconnu comme une règle élémentaire du droit public. Par définition, tout règlement constitue de la « législation déléguée », que le délégataire soit le gouvernement ou un organisme administratif comme l'Association. Lorsque le législateur prévoit que le gouvernement doit approuver le règlement d'un délégataire, il crée un mécanisme de contrôle, il ne substitue pas le gouvernement au délégataire (P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 152, 153, 154 et 189; voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (3<sup>e</sup> éd. 1996), par. 501 et 504). Le fait que le gouvernement doive approuver le Règlement de l'Association ne transforme pas le formulaire en contrat comme le suggère ma collègue. Le contenu du formulaire de l'Association n'est pas déterminé par le gouvernement et le Règlement de l'Association ne constitue pas le règlement fixant les « mentions que doit contenir le contrat » (par. 155(15)).

[63] La Loi et les deux règlements sont distincts : la Loi et le Règlement d'application prévoient les dispositions que le contrat doit obligatoirement inclure, alors que le Règlement de l'Association porte sur le formulaire auquel les parties peuvent déroger dans la mesure où leur entente ne contrevient pas à une disposition par ailleurs impérative. La rétribution du courtier n'est pas une de ces dispositions.

[64] Par la plainte qu'elle a déposée, l'Association veut régir la pratique des courtiers et imposer un modèle monolithique, celui retenu par la majorité des courtiers au Québec. Le modèle nouveau dérange les habitudes à plusieurs égards. Il a nettement pour effet de bouleverser leurs pratiques et d'exercer de la pression sur les prix. Dans un

to imagine that a large number of property owners might find it advantageous to have access to a marketing network without having to pay a generous commission. This model may not suit everyone, but in my view the legislature did not give the Association the authority to prohibit any given manner of payment of compensation.

[65] Furthermore, the manner of payment of compensation proposed by Proprio Direct does not appear to have troubled the Association as an ethical issue until now. The Association has not taken action in the past even though Proprio Direct has been operating for many years, and it even successfully defended Proprio Direct in court. It is therefore somewhat surprising that the Association now contends that Proprio Direct's practice is illegal and may cause prejudice to the public. There is no evidence in the record that supports this position. This brings me to the assessment of the level of deference owed to the discipline committee.

## 2. Level of Deference Owed to the Discipline Committee

[66] Much of the argument in the Court of Appeal and in this Court concerned the deference owed to the discipline committee. In my view, it is hard to evade the issue, which, with respect, cannot be resolved by echoing the conclusion reached by the Court of Appeal in two other cases: *Pigeon v. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600, and *Pigeon v. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090. In the first of these cases, the appeal concerned a different statute and was limited by a privative clause, whereas in the second, the issue concerned the appropriateness of the penalty. In the case at bar, s. 136 of the Act provides for an appeal as of right from any decision of the discipline committee, in accordance with ss. 164 to 177.1 of the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26. Section 175 of the Code reads as follows:

175. The tribunal may confirm, alter or quash any decision submitted to it and render the decision which it considers should have been rendered in first instance.

marché actif, il est facile d'imaginer qu'un grand nombre de propriétaires puissent trouver avantageux d'avoir accès à un réseau de mise en marché sans avoir à payer une généreuse commission. Ce modèle ne convient peut-être pas à tout le monde, mais j'estime que le législateur n'a pas confié à l'Association le pouvoir d'interdire quelque mode de rétribution que ce soit.

[65] L'aspect éthique du mode de rétribution proposé par Proprio Direct n'a d'ailleurs pas semblé inquiéter l'Association jusqu'à maintenant. En effet, elle n'est pas intervenue malgré les activités de Proprio Direct pendant de nombreuses années et elle l'a même défendue avec succès devant les tribunaux. Il est donc un peu surprenant qu'elle plaide aujourd'hui que la pratique de Proprio Direct est illégale et préjudiciable au public. Cette position n'est étayée par aucune preuve au dossier. Ceci m'amène à évaluer le degré de déférence due au comité de discipline.

## 2. Degré de déférence due au comité de discipline

[66] Une large part du débat devant la Cour d'appel et devant notre Cour a porté sur la déférence due au comité de discipline. Il me paraît difficile d'éviter la question qui, soit dit en tout respect, ne peut être réglée en reprenant la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel dans deux autres affaires : *Pigeon c. Proprio Direct inc.*, J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600, et *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090. En effet, dans la première affaire, l'appel était régi par une loi différente et était alors limité par une clause privative, alors que, dans la deuxième, la question consistait à évaluer la justesse de la sanction. En l'espèce, l'art. 136 de la Loi prévoit qu'il y a appel de plein droit de toute décision du comité de discipline conformément aux art. 164 à 177.1 du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26. L'article 175 du Code est rédigé ainsi :

175. Le tribunal peut confirmer, modifier ou infirmer toute décision qui lui est soumise et rendre la décision qui, à son jugement, aurait dû être rendue en premier

It may, in particular, substitute any other penalty prescribed by the first paragraph of section 156 for a penalty imposed by the committee on discipline if, in its opinion, that penalty should have been imposed in first instance.

This case therefore concerns a right of appeal in respect of which the legislature authorizes the court to render any decision that *it considers* should have been rendered. Although the Act the discipline committee had to apply was its constituting statute, the committee's particular expertise is limited to disciplinary matters. It has not been shown to have general expertise in statutory interpretation.

[67] Furthermore, the issue in this case entails more than a simple statutory interpretation that will affect only the parties. It can be viewed from two different perspectives. The first is a narrower one: Does the Association have the authority to determine the mandatory particulars of an exclusive brokerage contract? The second is broader: Can the Association impose a single model of practice on Quebec's real estate brokers? Regardless of which perspective is adopted, the issue is an important one. It is likely to affect the future of the brokerage profession in Quebec. In summary, I see nothing to warrant showing any deference whatsoever to the discipline committee's decision.

[68] The Court of Appeal, taking the same approach as the discipline committee, split the issue into two components: the first was the question of law and the second the question of prejudice to the public. This approach is linked to the wording of the provision of the *Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, on which the syndic relied. Since Proprio Direct's practices were not prohibited by an express provision, the syndic had to rely on a very general provision of the Rules, namely s. 13, which reads as follows:

13. A member shall not participate in any act or practice in real estate matters which may be illegal or which may cause prejudice to the public or to the profession.

lieu. Il peut, notamment, substituer à une sanction imposée par le comité de discipline toute autre sanction prévue au premier alinéa de l'article 156 si, à son jugement, elle aurait dû être imposée en premier lieu.

On se trouve donc ici en présence d'un droit d'appel, dans le cadre duquel le législateur autorise le tribunal à rendre toute décision qui, à *son jugement*, aurait dû être rendue. Par ailleurs, bien que la Loi que le comité de discipline devait appliquer ait été sa loi constitutive, ce dernier ne possède aucune expertise particulière en dehors des questions de discipline. Son expertise générale en matière d'interprétation législative n'est pas démontrée.

[67] Par ailleurs, la question en litige dans la présente affaire déborde le cadre d'une simple interprétation législative dont l'impact serait limité aux parties. La question peut être vue sous deux angles. L'un plus étroit : l'Association a-t-elle compétence pour déterminer les mentions obligatoires du contrat de courtage exclusif? L'autre plus large : l'Association peut-elle imposer un modèle unique pour la pratique du courtage immobilier au Québec? Quel que soit l'angle retenu, la question n'en est pas moins importante. Elle est susceptible d'influer sur l'avenir de la profession de courtier au Québec. En somme, je ne vois aucun élément qui justifierait de manifester quelque déférence que ce soit à l'égard de la décision du comité de discipline.

[68] Suivant en cela la démarche du comité de discipline, la Cour d'appel a divisé la question en deux volets, le premier était la question de droit et le deuxième la question du préjudice pour le public. Cette démarche est liée au texte de la disposition des *Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec*, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5, auquel le syndic a eu recours. En effet, comme la pratique de Proprio Direct n'était prohibée par aucune disposition expresse, le syndic a dû recourir à une disposition très générale des Règles, soit l'art. 13 qui est libellé comme suit :

13. Le membre ne doit participer à aucun acte ou pratique, en matière immobilière, qui puisse être illégal ou qui puisse porter préjudice au public ou à la profession.

[69] When assessing prejudice, a decision maker must usually consider the facts. Questions of fact always call for great deference, whether on appeal or on judicial review. In the instant case, however, all the discipline committee did was to find the act to be illegal and to infer from this that Proprio Direct's business practice entailed a risk of prejudice. The following is what it said regarding prejudice:

[TRANSLATION] The remaining question is whether the risk of prejudice or of an illegal act is proven in light of the parties' admissions.

According to admission No. 17, the facts described . . . were consistent with the respondent's business plan in effect at the time the two above-mentioned contracts were signed. According to admission No. 18, the two immovables were not sold through the respondent, but it is alleged in admission No. 19 that the respondent kept the sums of \$1,262.97 and \$1,724.22.

In the committee's view, these facts suffice to establish a risk of prejudice if this practice is provided for in the respondent's business plan.

[70] It is clear from these comments that the discipline committee did not assess the facts with respect to the question of prejudice. Its conclusion was based exclusively on the collection of membership fees, which it considered to be illegal. The discipline committee did not ask whether it might be to the sellers' advantage to receive, in exchange for refundable or non-refundable membership fees, services other than the full range of services usually offered by brokers. Rather, it held that since, as a matter of law, it considered the fees to be illegal, it had to infer, also as a matter of law, that there was prejudice. In the circumstances, the conclusion regarding prejudice cannot be characterized as a finding of fact to which an appellate court should show deference.

[71] However, even if the standard of reasonableness had been applied to the question of prejudice, the erroneous conclusion on illegality would have led me to conclude that the discipline committee's decision based on prejudice was unreasonable.

[69] Dans l'évaluation du préjudice, le décideur est habituellement appelé à étudier les faits. Les questions de faits appellent toujours une grande déférence, que ce soit en appel ou en révision judiciaire. En l'espèce, cependant, le comité de discipline s'est limité à constater l'illégalité de l'acte et à en inférer qu'un risque de préjudice découlait de la pratique commerciale de Proprio Direct. Voici ce que dit le comité de discipline sur la question du préjudice :

Reste à se poser la question de savoir si la preuve du risque de préjudice ou si la preuve de l'acte illégal apparaît aux admissions faites par les parties.

L'article 17 des admissions indique que les faits décrits . . . s'inscrivent dans le plan d'affaires de l'intimée, tel qu'opéré aux époques de la signature des deux contrats précités. L'article 18 de ces mêmes admissions indique que les deux immeubles n'ont pas été vendus par les soins de l'intimée mais que celle-ci a conservé les montants de 1 262,97 \$ et de 1 724,22 \$ comme l'allègue l'article 19 des admissions.

Ces faits suffisent, selon le Comité, pour établir le risque de préjudice si cette façon de faire s'encadre dans le plan d'affaires de l'intimée.

[70] Ces commentaires démontrent que le comité de discipline n'a fait aucune évaluation de fait sur la question du préjudice. La conclusion est fondée exclusivement sur la perception de frais d'adhésion jugés illégaux. Le comité de discipline ne s'est pas demandé si les vendeurs pouvaient avoir intérêt, en contrepartie de frais d'adhésion, remboursables ou non, à recevoir des services autres que la panoplie complète habituellement offerte par les courtiers. Le comité de discipline a plutôt considéré que puisque, en droit, il estimait que les frais étaient illégaux, il devait, également comme question de droit, inférer l'existence d'un préjudice. Dans ces circonstances, la conclusion sur le préjudice ne peut être qualifiée de constatation de faits à l'égard de laquelle un tribunal d'appel devrait faire preuve de déférence.

[71] Cependant, même si la norme de la décision raisonnable avait été appliquée à la question du préjudice, la conclusion erronée sur l'illégalité m'aurait conduite à conclure que la décision du comité de discipline fondée sur le préjudice était déraisonnable.

### 3. Argument Accepted by the Discipline Committee

[72] One of the arguments made by the Association appears to have so captured the attention of the discipline committee as to constitute the principal basis for its decision. My colleague Abella J. also relies on it. The Association's argument was that the prohibition against any compensation without a sale was supported by the legislative history of the By-law of the Association. The discipline committee adopted this interpretation and expressed the opinion that the scheme of the Act [TRANSLATION] "appears clearly from an analysis of two documents published in the *Gazette officielle du Québec*, the first on October 20, 1993, and the second on December 29, 1993". These two documents are the draft By-law of the Association submitted by the Association, and the By-law of the Association as approved by the government. With respect, no support for the discipline committee's comments can be found in the two versions of this regulation.

[73] The discipline committee, mistakenly in my opinion, viewed the October 1993 draft By-law of the Association as an attempt by the Association to seek approval for a brokerage contract that would provide generally for the payment of commissions regardless of whether a sale has occurred. It would have been surprising if the Association had made such a proposal, and it is readily apparent that the Association was not really proposing that brokers should be paid in all cases where the property was not sold. The passage quoted by the discipline committee — and reproduced in the majority's reasons — is incomplete.

[74] In fact, two relevant draft regulations were published in the *Gazette officielle du Québec* on October 20, 1993. One was the Regulation respecting the application of the Act, which set out numerous particulars to be inserted into the brokerage contract, including the broker's compensation. The other was the By-law of the Association, which set out a brokerage contract form. This form included a detailed clause that also concerned the broker's remuneration; according to it, the broker would be

### 3. Argument retenu par le comité de discipline

[72] Un des arguments avancé par l'Association semble avoir retenu l'attention du comité de discipline au point de constituer l'assise principale de sa décision. Ma collègue la juge Abella s'appuie elle aussi sur cet argument. L'Association a prétendu que la prohibition de toute rétribution en l'absence de vente était soutenue par l'historique du Règlement de l'Association. Se ralliant à cette interprétation, le comité de discipline a exprimé l'avis que l'économie de la Loi « apparaît clairement à l'analyse des deux publications qui ont eu lieu dans la *Gazette officielle du Québec*, la première le 20 octobre 1993 et la seconde le 29 décembre 1993 ». Ces deux publications sont le projet de Règlement de l'Association présenté par l'Association, et le Règlement de l'Association tel qu'il a été approuvé par le gouvernement. Avec égards, les commentaires du comité de discipline ne sont pas soutenus par les textes.

[73] Le comité de discipline, erronément selon moi, voit dans le projet de Règlement de l'Association d'octobre 1993 une tentative par l'Association de faire approuver un contrat de courtage prévoyant de façon générale le paiement de la commission et ce qu'il y ait ou non vente. Une telle proposition de la part de l'Association surprendrait, et il est facile de constater que l'Association ne proposait pas vraiment que le courtier puisse être payé dans tous les cas où l'immeuble n'était pas vendu. L'extrait qui est cité par le comité de discipline — et repris dans l'opinion de la majorité — est incomplet.

[74] En fait, le 20 octobre 1993, deux projets de règlements pertinents au litige ont été publiés dans la *Gazette officielle du Québec*. L'un était le Règlement d'application; qui comportait un grand nombre de mentions à inclure dans le contrat de courtage, dont une sur la rétribution du courtier. L'autre était le Règlement de l'Association, qui établissait un formulaire de contrat de courtage. Ce formulaire comportait une clause détaillée qui traitait aussi de la rétribution du courtier et qui



paid in two circumstances where there was no sale. These circumstances were as follows:

d) in the event of a wilful act by the VENDOR intended to prevent the free execution of this contract, or

e) in the event the VENDOR should not respect his obligations.

The Association was not, therefore, proposing that the broker should receive compensation regardless of whether a sale occurred, as the discipline committee inferred. Rather, its intention was to ensure that the broker would be compensated should the seller default on his or her obligations.

[75] The final versions of the two regulations were published on December 29, 1993. In its final form, the Regulation respecting the application of the Act includes no mandatory particulars concerning the manner of payment of compensation. As for the brokerage contract form set out in the By-law of the Association, it is based directly on the text of the October 1993 version of the draft Regulation respecting the application of the Act. In the provision dealing with compensation, the circumstances entitling a broker to compensation where a sale does not take place owing to the seller's fault are framed more restrictively.

[76] The difference between the two provisions is apparent, but it does not support an assertion that the model proposed by Proprio Direct was rejected by the legislature. In all the versions proposed by the Association, compensation was payable upon signature of the act of sale. This is unsurprising, since that was the usual practice at the time the draft regulations were submitted. The clause in the October 1993 draft By-law of the Association was poorly drafted, however. It tended to favour brokers by lightening their burden of proof where sellers failed to perform their obligations. The final wording places the onus on the broker to prove fault on the seller's part. In none of the contemplated situations did the government take into account the case of a broker offering marketing services like those of Proprio Direct.

prévoyait que celle-ci serait payée dans deux circonstances où il n'y aurait pas de vente. Ces circonstances étaient les suivantes :

d) advenant un acte volontaire de la part du VENDEUR qui viserait à empêcher la libre exécution du présent contrat, ou

e) advenant le non-respect par le VENDEUR de ses obligations.

L'Association ne proposait donc pas que le courtier reçoive une rétribution sans égard au fait qu'une vente ait lieu ou non, comme l'infère le comité de discipline. Il s'agissait pour l'Association de veiller à ce que le courtier soit indemnisé en cas de violation par le vendeur de ses obligations.

[75] Les versions finales des deux règlements ont été publiées le 29 décembre 1993. Dans sa forme définitive, le Règlement d'application ne comporte aucune mention obligatoire fixant le mode de rétribution. Quant au formulaire de contrat de courtage prévu par le Règlement de l'Association, il s'inspire directement de la version d'octobre 1993 du projet de Règlement d'application d'octobre 1993. Dans la disposition qui traite de la rétribution, les circonstances donnant droit à une rétribution lorsque la vente n'intervient pas en raison de la faute du vendeur sont encadrées de façon plus serrée.

[76] La différence entre les deux textes est visible, mais elle ne permet pas d'affirmer que le modèle proposé par Proprio Direct a été rejeté par le législateur. Dans toutes les versions proposées par l'Association, la rétribution était payable au moment de la signature de l'acte de vente. Cette constatation n'étonne pas, puisque telle était la pratique usuelle à l'époque de la présentation de ces projets. La formulation de la clause du projet de Règlement de l'Association d'octobre 1993 présente cependant des faiblesses. Elle tendait à favoriser le courtier en simplifiant son fardeau de preuve au cas d'inexécution par le vendeur de ses obligations. Le texte finalement retenu impose au courtier le fardeau de démontrer la faute du vendeur. Dans aucune des situations envisagées le gouvernement n'a considéré le cas où un courtier proposait un service de mise en marché comme celui de Proprio Direct.

[77] If any intention can be discerned from a comparison of the provisions of October and December 1993, it is that the government had the power under s. 155(15) of the Act to determine the manner of payment of the broker's compensation and chose not to do so in the final version of the Regulation respecting the application of the Act, although this topic had been dealt with in its draft regulation. The manner of payment of compensation is not dictated by the Regulation respecting the application of the Act. Thus, the government gave no indication that it intended to impose a single model of practice. Instead, it has left it to the parties to agree on a means of payment of compensation that suits them, in accordance with the services provided for in the contract. The undeniable purpose of the Act is to protect natural persons who do business with real estate brokers or agents. However, by leaving it to the government to determine the mandatory particulars of the brokerage contract and giving the Association the responsibility to determine the content of the form, the legislature has allowed for some flexibility, and this flexibility is recognized even in the By-law of the Association.

[78] Thus, the conclusion I draw from these draft regulations is diametrically opposed to that of the discipline committee. My conclusion is based on a review of the provisions as a whole — not of a short excerpt — and on a comparison of the Regulation respecting the application of the Act and the By-law of the Association.

[79] I therefore find not only that the draft regulations on which the discipline committee relied do not support its conclusion, but also that they do support Proprio Direct's position.

[80] For these reasons, I would have dismissed the appeal.

## APPENDIX

*Real Estate Brokerage Act, R.S.Q., c. C-73.1*

### CHAPTER III

RULES RELATING TO CERTAIN REAL ESTATE BROKERAGE CONTRACTS

[77] Si une intention peut être dégagée de la comparaison entre les textes d'octobre et de décembre 1993, c'est que le gouvernement avait le pouvoir, en vertu du par. 155(15) de la Loi, de fixer le mode de rétribution du courtier et a choisi de ne pas le faire dans la version finale du Règlement d'application, alors que ce sujet était traité dans son projet de règlement. Le mode de rétribution n'est pas dicté par le Règlement d'application. Le gouvernement ne donne donc aucune indication qu'il entendait imposer un modèle de pratique unique. Il a plutôt laissé aux parties la possibilité de convenir du mode de rétribution qui leur convient, en fonction des services prévus au contrat. La Loi vise incontestablement à protéger les personnes physiques qui font affaire avec un courtier ou un agent immobilier. Cependant, en réservant au gouvernement le soin de prévoir les mentions obligatoires du contrat de courtage et en confiant à l'Association la responsabilité de déterminer le contenu du formulaire, le législateur a laissé place à une certaine flexibilité qui est reconnue même dans le Règlement de l'Association.

[78] Je tire donc de l'étude de ces projets une conclusion diamétralement opposée à celle du comité de discipline. Cela découle d'un examen complet des textes, et non d'un court extrait, et de la comparaison du Règlement d'application et du Règlement de l'Association.

[79] J'en conclus donc que non seulement les projets de règlements sur lesquels le comité de discipline s'est fondé n'étaient pas sa conclusion, mais que, de surcroît, ils soutiennent la position de Proprio Direct.

[80] Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

## ANNEXE

*Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., ch. C-73.1*

### CHAPITRE III

RÈGLES RELATIVES À CERTAINS CONTRATS DE COURTAGE IMMOBILIER

**32.** This chapter applies to every contract between a natural person and a broker under which the broker undertakes to act as intermediary for the sale, leasing or exchange

(1) of part or all of a chiefly residential immovable containing less than five dwellings;

(2) of a fraction of a chiefly residential immovable subject to an agreement or declaration under articles 1009 to 1109 of the Civil Code.

**33.** The contract is formed when both parties have signed it.

**34.** The broker must give a duplicate of the contract, in paper form, to the natural person who signed it.

The natural person is bound to perform his obligations only from the time he is in possession of a duplicate of the contract.

**35.** The contract must set out

(1) the name and address of the parties in legible script;

(2) the date of the contract and the address of the place where it was signed;

(3) the nature of the transaction involved;

(4) the cadastral designation of the immovable property involved and the address of any building erected thereon, if any;

(5) if such is the case, its irrevocability;

(6) if such is the case, its exclusivity;

(7) the date and time of its expiry;

(8) the price of sale, exchange, or, as the case may be, leasing of the immovable property;

(9) the nature and manner of payment of the broker's compensation;

(10) where applicable, any obligation on the part of the broker to send the particulars of the contract to a multiple listing service or a similar service of a real estate board or of any other agency for the purpose of distributing them to members subscribing to such a service;

(11) any other particulars determined by government regulation.

**36.** Where there is no stipulation as to the date and time of expiry of the contract, the contract shall expire 30 days after being concluded.

**32.** Le présent chapitre s'applique à un contrat conclu entre une personne physique et un courtier en vertu duquel celui-ci s'engage à agir comme intermédiaire pour la vente, la location ou l'échange :

1° d'une partie ou de l'ensemble d'un immeuble principalement résidentiel de moins de cinq logements;

2° d'une fraction d'un immeuble principalement résidentiel qui fait l'objet d'une convention ou déclaration visée aux articles 1009 à 1109 du Code civil.

**33.** Le contrat est formé lorsque les parties l'ont signé.

**34.** Le courtier doit remettre, sur support papier, un double du contrat à la personne physique qui l'a signé.

La personne physique n'est tenue à l'exécution de ses obligations qu'à compter du moment où elle est en possession d'un double du contrat.

**35.** Le contrat doit indiquer :

1° les nom et adresse des parties en caractères lisibles;

2° la date du contrat et l'adresse du lieu où il est signé;

3° la nature de l'opération visée;

4° la désignation cadastrale de l'immeuble visé et, le cas échéant, l'adresse de tout bâtiment qui y est érigé;

5° le cas échéant, son irrévocabilité;

6° le cas échéant, son exclusivité;

7° la date et l'heure de son expiration;

8° le prix de vente, d'échange ou, selon le cas, le prix de location de l'immeuble;

9° la nature et le mode de paiement de la rétribution du courtier;

10° s'il y a lieu, l'obligation du courtier de transmettre les données de ce contrat à un service inter-agences ou à un service similaire d'une chambre d'immeuble ou de tout autre organisme pour fins de distribution aux membres abonnés à un tel service;

11° toute autre mention déterminée par règlement du gouvernement.

**36.** À défaut d'une stipulation quant à la date et à l'heure de l'expiration du contrat, celui-ci expire 30 jours après sa conclusion.

**37.** No contract may contain a stipulation for automatic renewal.

**38.** Any agreement binding a natural person, for a fixed period after the expiry of the contract, to compensate the broker even if the sale, leasing or exchange of an immovable property is effected after such expiry, is without effect.

The first paragraph does not apply if the agreement provides that compensation is due where

(1) the contract is exclusive;

(2) the sale, leasing or exchange is made with a person who became interested in the immovable property while the contract was in force;

(3) the transaction occurs not more than 180 days after the date of expiry of the contract and during that period, the natural person did not enter into an exclusive contract for the sale, leasing or exchange of the immovable property with another broker.

**39.** The contract must specify that the broker has an obligation to submit to the natural person every promise to purchase, lease or exchange the immovable property in question.

**40.** Notwithstanding any stipulation to the contrary, the natural person may, at his own discretion, cancel the contract within the three days which follow the day on which he receives a duplicate of the contract signed by both parties, unless a waiver is written in its entirety by the person and signed.

The contract is cancelled by operation of law from the sending or giving of a written notice to the broker.

**41.** The broker may claim no compensation following the cancellation of a contract in accordance with section 40, unless a sale, leasing or exchange which meets the conditions specified in section 38 occurs.

**42.** No contract may be cancelled on the sole ground that one of its provisions contravenes this chapter.

**43.** No natural person may, by special agreement, waive the rights conferred on him by this chapter.

**66.** The primary role of the Association is to ensure the protection of the public by the enforcement of rules of professional ethics and the professional inspection of its members, and in particular by seeing to it that its

**37.** Est interdite dans un contrat une stipulation qui a pour effet de le renouveler automatiquement.

**38.** Est sans effet une convention engageant la personne physique, pour une période déterminée après l'expiration du contrat, à rétribuer le courtier même si la vente, la location ou l'échange de l'immeuble s'est effectué après l'expiration du contrat.

Toutefois, le premier alinéa ne s'applique pas si la convention prévoit que la rétribution est due lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° le contrat est stipulé exclusif;

2° la vente, la location ou l'échange s'effectue avec une personne qui a été intéressée à l'immeuble pendant la durée du contrat;

3° cette opération survient au plus 180 jours après la date d'expiration du contrat et durant cette période, la personne physique n'a pas conclu avec un autre courtier un contrat stipulé exclusif pour la vente, la location ou l'échange de l'immeuble.

**39.** Le contrat doit préciser que le courtier a l'obligation de soumettre à la personne physique toute promesse d'achat, de location ou d'échange de l'immeuble visé.

**40.** Malgré toute stipulation contraire, la personne physique peut résoudre à sa discrétion le contrat dans les trois jours qui suivent celui où elle reçoit un double du contrat signé par les deux parties, à moins d'une renonciation écrite en entier par elle et signée.

Le contrat est résolu de plein droit à compter de l'envoi ou de la remise d'un avis écrit au courtier.

**41.** Le courtier ne peut exiger aucune rétribution, à la suite de la résolution d'un contrat faite conformément à l'article 40, à moins qu'une vente, une location ou un échange qui satisfait aux conditions de l'article 38 n'intervienne.

**42.** Un contrat ne peut être annulé du fait qu'une disposition de celui-ci contrevient au présent chapitre.

**43.** La personne physique ne peut, par convention particulière, renoncer aux droits que lui confère le présent chapitre.

**66.** L'Association a pour principale mission d'assurer la protection du public par l'application des règles de déontologie et l'inspection professionnelle de ses membres en veillant, notamment à ce que l'activité de ses

members pursue their activities in accordance with the Act and the regulations.

It may also dispense continuing education courses to its members and award the titles referred to in section 76.

74. The board of directors must determine, by by-law subject to government approval

. . .

(17) the content, form and use of the mandatory forms designated by government regulation;

. . .

136. An appeal lies to the Court of Québec from decisions of the discipline committee, in accordance with sections 164 to 177.1 of the Professional Code (chapter C-26), adapted as required.

155. The Government may, by regulation, determine

. . .

(5) the forms whose form is mandatory;

. . .

(15) the other particulars which must be included in a contract referred to in section 35;

. . .

*Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1*

26. The forms whose form is mandatory are

. . .

(2) the form entitled “Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable” in respect of an immovable referred to in section 32 of the Act;

. . .

membres soit poursuivie conformément à la loi et aux règlements.

Elle peut, en outre, dispenser des cours de formation permanente auprès de ses membres et décerner les titres visés à l'article 76.

74. Le conseil d'administration doit déterminer, par règlement soumis à l'approbation du gouvernement :

. . .

17° le contenu, la forme et l'utilisation des formulaires obligatoires désignés par règlement du gouvernement;

. . .

136. Il y a appel des décisions du comité de discipline devant la Cour du Québec, conformément aux articles 164 à 177.1 du Code des professions (chapitre C-26) et compte tenu des adaptations nécessaires.

155. Le gouvernement peut déterminer, par règlement :

. . .

5° les formulaires qui doivent revêtir une forme obligatoire;

. . .

15° les autres mentions que doit contenir le contrat visé à l'article 35;

. . .

*Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1*

26. Les formulaires qui doivent revêtir une forme obligatoire sont les suivants :

. . .

2° le formulaire « Contrat de courtage exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel » à l'égard d'un immeuble visé par l'article 32 de la loi;

. . .

*By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. 73.1, r. 2*

**85.** In addition to the particulars provided for in Chapter III of the Act and those provided for in Chapter IV of the Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, the form entitled “Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable”, provided for in subparagraph 2 of the first paragraph of section 26 of the Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act and applying to an exclusive brokerage contract between a natural person and a broker under which the broker undertakes to act as an intermediary for the sale of

(1) part or all of a chiefly residential immovable containing less than 5 dwellings; or

(2) a fraction of a chiefly residential immovable that is the subject of a declaration of co-ownership provided for in articles 1038 to 1109 of the Civil Code of Québec;

shall contain the following provisions:

(1) concerning its object and term:

**“Object and term of contract**

The seller retains the services of the real estate broker to act as an exclusive intermediary for the sale of the immovable covered by this brokerage contract.

This contract terminates at 11:59 p.m. on.”;

. . .

(6) concerning the real estate broker’s compensation:

**“Real estate broker’s compensation**

The seller shall pay to the broker, in the cases provided for in 1, 2 and 3 of this section, upon the signing of the act of sale, compensation of:

percent ( \_\_ %) of the sale price provided for in section (indicate the number of the contract provision establishing the sale price) or of another sale price to which the seller agrees in writing; or \_\_\_\_ dollars (\$ \_\_):

(1) where a promise to purchase conforming to the conditions of sale set out in this brokerage contract (and

*Règlement de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2*

**85.** En plus des mentions prévues au chapitre III de la Loi et de celles prévues par le chapitre IV du Règlement d’application de la Loi sur le courtage immobilier, le formulaire « Contrat de courtage exclusif — Vente d’un immeuble principalement résidentiel », prévu par le paragraphe 2° de l’article 26 du Règlement d’application de la Loi sur le courtage immobilier, qui s’applique à un contrat de courtage exclusif conclu entre une personne physique et un courtier en vertu duquel celui-ci s’engage à agir comme intermédiaire pour la vente :

1° d’une partie ou de l’ensemble d’un immeuble principalement résidentiel de moins de cinq logements;

2° d’une fraction d’un immeuble principalement résidentiel qui fait l’objet d’une déclaration de copropriété visée aux articles 1038 à 1109 du Code civil du Québec,

doit contenir les dispositions suivantes :

1° en ce qui concerne son objet et sa durée :

**« Objet et durée du contrat**

Les services du courtier immobilier sont retenus par le vendeur pour qu’il agisse comme intermédiaire exclusif pour la vente de l’immeuble visé par le présent contrat de courtage.

Le présent contrat prend fin à 23 h 59, le \_\_\_\_ . »;

. . .

6° en ce qui concerne la rétribution du courtier immobilier:

**« Rétribution du courtier immobilier**

Le vendeur versera au courtier, dans les cas prévus en 1°, 2° et 3° du présent article, au moment de la signature de l’acte de vente, une rétribution de :

\_\_\_\_ pour cent ( \_\_ %) du prix de vente prévu à l’article (indiquer le numéro de la disposition du contrat qui établit le prix de vente) ou d’un prix de vente autre auquel le vendeur aura donné son assentiment par écrit, le cas échéant; ou

\_\_\_\_ dollars ( \_\_ \$) :

1° si une promesse d’achat conforme aux conditions de vente énoncées au présent contrat de courtage (et

in any amendments thereto) is submitted to the seller during the term of this contract and in fact leads to the sale of the immovable; or

(2) where an agreement concerning the sale of the immovable is concluded during the term of this contract, whether through the broker or not, and in fact leads to the sale of the immovable; or

(3) where a sale takes place, within 180 days following the expiry date of this contract, with a person who was interested in the immovable during the term of this contract, unless, during that period, the seller concluded with another real estate broker a contract stipulated to be exclusive for the sale of the immovable.

Nothing stipulated in section (*indicate the number of the contract provision containing the text provided for in the first paragraph of this paragraph*) shall be interpreted as restricting the broker's right to obtain, where applicable, payment of any sums of money that may be due to him as compensation or damages under the ordinary rules of ordinary law, particularly, but without limiting the generality of the foregoing, where a sale does not take place because the seller voluntarily blocks it or otherwise voluntarily prevents the free performance of this contract.

. . .

**91.** The holder of a real estate broker's or agent's certificate shall complete a mandatory form clearly and legibly, by hand or using a typewriter, a computer system or a printing system.

The certificate holder shall not use any abbreviation incomprehensible to the parties or leave any ambiguity as to whether certain terms and conditions in the form apply.

**92.** Where the holder of a real estate broker's or agent's certificate completes a mandatory form by hand, he shall use ink and shall write neatly to facilitate reading.

**93.** Where the holder of a real estate broker's or agent's certificate completes a mandatory form using a typewriter, a computer system or a printing system, he shall use at least 10-point type that is different from the type used for the mandatory content, so as to enable the parties to easily distinguish the text of any addition or amendment from the mandatory content of the form.

ses amendements, le cas échéant) lui est présentée pendant la durée dudit contrat et que cette promesse d'achat conduite effectivement à la vente de l'immeuble, ou

2° si une entente visant à vendre l'immeuble est conclue pendant la durée du présent contrat, que ce soit par ou sans l'intermédiaire du courtier, et que cette entente conduite effectivement à la vente de l'immeuble, ou

3° si une vente a lieu dans les 180 jours suivant la date d'expiration du contrat avec une personne qui a été intéressée à l'immeuble pendant la durée du contrat, sauf si, durant cette période, le vendeur a conclu avec un autre courtier immobilier un contrat stipulé exclusif pour la vente de l'immeuble.

Rien dans ce qui est stipulé à l'article (*indiquer le numéro de la disposition du contrat qui reprend le texte prévu au premier alinéa du présent paragraphe*) ne doit être interprété comme venant restreindre le droit du courtier d'obtenir, le cas échéant, le paiement de toutes sommes pouvant lui être dues à titre de rétribution ou de dommages-intérêts selon les règles ordinaires du droit commun notamment, mais sans limiter la généralité de ce qui précède, dans le cas où la vente n'aurait pas lieu parce que c'est le vendeur qui y a volontairement fait obstacle ou qui a autrement volontairement empêché la libre exécution du présent contrat.

. . .

**91.** Un formulaire obligatoire doit être complété clairement et lisiblement par le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier à la main ou à l'aide d'une machine à écrire, d'un système informatique ou d'un système d'imprimerie.

Le titulaire ne doit notamment pas utiliser d'abréviation incompréhensible aux parties ni laisser d'ambiguïté quant au fait que certains termes et conditions d'un formulaire s'appliquent ou non.

**92.** Lorsque le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier complète un formulaire obligatoire à la main, il doit le faire à l'encre et utiliser une écriture soignée afin d'en faciliter la lecture.

**93.** Lorsque le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier complète un formulaire obligatoire à l'aide d'une machine à écrire, d'un système informatique ou d'un système d'imprimerie, il doit utiliser un caractère typographique d'au moins 10 points, différent de celui utilisé pour le contenu obligatoire, de façon à permettre aux parties de distinguer facilement le texte de tout ajout ou modification, de celui du contenu obligatoire du formulaire.

**94.** Where the holder of a real estate broker's or agent's certificate uses the mandatory form entitled "Annex A — Immovable", "Annex G — General", "Counter-Proposal to a Promise to Purchase" or "Amendments and Notice of Fulfilment of Conditions", he shall indicate, in the space reserved for that purpose, the number of the mandatory form entitled "Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable", "Non-Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable" or "Promise to Purchase", as the case may be, to which reference is made.

**95.** Where the holder of a real estate broker's or agent's certificate strikes out an entry on a mandatory form, he shall have the strikeout initialled by the parties before they sign at the bottom of the form.

**96.** The additions or amendments that the holder of a real estate broker's or agent's certificate may make to a mandatory form shall pertain only to the object of the terms and conditions of that form.

**97.** The holder of a real estate broker's or agent's certificate shall, before having a mandatory form that he has completed signed, allow the parties to take cognizance of the terms and conditions of the form and, before the form is signed, provide all the explanations and answers to questions that the parties may ask.

**98.** The holder of a real estate broker's or agent's certificate shall not add anything to, amend or strike out anything from a mandatory form after the parties have signed at the bottom of the form.

**99.** The holder of a real estate broker's or agent's certificate shall use the mandatory form entitled "Amendments and Notice of Fulfilment of Conditions" where the parties wish to amend a mandatory form entitled "Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable", "Non-Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable" or "Promise to Purchase" that they have already signed.

**100.** The holder of a real estate broker's or agent's certificate shall use the mandatory form entitled "Annex G — General" only to complete the terms and conditions of a mandatory form entitled "Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable", "Non-Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable" or "Promise to Purchase".

**94.** Lorsque le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier utilise le formulaire obligatoire « Annexe A Immeuble », « Annexe G Générale », « Contre-proposition à une promesse d'achat » ou « Modification et avis de réalisation de conditions », il doit indiquer à l'espace prévu à cette fin le numéro distinct du formulaire obligatoire « Contrat de courtage exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel », « Contrat de courtage non exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel » ou, selon le cas, « Promesse d'achat » auquel il fait référence.

**95.** Lorsque le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier fait une rature à un formulaire obligatoire, il doit faire parapher cette rature par les parties avant même que celles-ci n'apposent leur signature à la fin du formulaire.

**96.** Les ajouts ou modifications que peut apporter un titulaire de certificat de courtier ou d'agent immobilier à un formulaire obligatoire doivent porter uniquement sur l'objet visé par les termes et conditions de ce formulaire.

**97.** Le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier doit, avant de faire signer un formulaire obligatoire qu'il a complété, permettre aux parties de prendre connaissance des termes et conditions de ce formulaire et fournir, avant la signature, toutes les explications et réponses aux questions posées par celles-ci.

**98.** Le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier ne doit faire aucun ajout, modification ou rature sur un formulaire obligatoire après que les parties aient apposé leur signature à la fin de ce formulaire.

**99.** Le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier doit utiliser le formulaire obligatoire « Modifications et avis de réalisation de conditions » lorsque les parties veulent apporter une modification à un formulaire obligatoire « Contrat de courtage exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel », « Contrat de courtage non exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel » ou « Promesse d'achat » qu'elles ont déjà signé.

**100.** Le titulaire d'un certificat de courtier ou d'agent immobilier ne doit utiliser le formulaire obligatoire « Annexe G Générale » que pour compléter les termes et conditions des formulaires obligatoires « Contrat de courtage exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel », « Contrat de courtage non exclusif — Vente d'un immeuble principalement résidentiel » ou « Promesse d'achat ».



The certificate holder shall not use the form entitled “Annex G — General” to make an amendment to a mandatory form entitled “Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable”, “Non-Exclusive Brokerage Contract — Sale of a Chiefly Residential Immovable” or “Promise to Purchase” that the parties have already signed.

*Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5*

13. A member shall not participate in any act or practice in real estate matters which may be illegal or which may cause prejudice to the public or to the profession.

*Appeal allowed with costs, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Petit Beaudoin Gaucher, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Bélanger, Sauvé, Montréal.*

Le titulaire ne doit notamment pas utiliser le formulaire « Annexe G Générale » pour apporter une modification à un formulaire obligatoire « Contrat de courtage exclusif — Vente d’un immeuble principalement résidentiel », « Contrat de courtage non exclusif — Vente d’un immeuble principalement résidentiel » ou « Promesse d’achat » que les parties ont déjà signé.

*Règles de déontologie de l’Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5*

13. Le membre ne doit participer à aucun acte ou pratique, en matière immobilière, qui puisse être illégal ou qui puisse porter préjudice au public ou à la profession.

*Appel accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Petit Beaudoin Gaucher, Québec.*

*Procureurs de l’intimée: Bélanger, Sauvé, Montréal.*

**Dieter Helmut Wittwer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. WITWTER**

**Neutral citation: 2008 SCC 33.**

File No.: 32130.

2008: April 15; 2008: June 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Police officer obtaining incriminating statement from accused after confronting him with prior statement made by accused in violation of his constitutional right to counsel — Trial judge admitting last statement and convicting accused — Whether last statement tainted by prior statement obtained by police in violation of accused's constitutional right — If so, whether last statement should have been excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The accused made an incriminating statement, after four hours of resistance, immediately after being confronted by the interrogating officer with a prior statement obtained from him in violation of his constitutional right to counsel. The trial judge admitted the latter statement and convicted the accused on three counts of sexual interference. The Court of Appeal upheld the convictions.

**Held:** The appeal should be allowed and a new trial ordered. The impugned statement should have been

**Dieter Helmut Wittwer** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WITWTER**

**Référence neutre : 2008 CSC 33.**

N° du greffe : 32130.

2008 : 15 avril; 2008 : 5 juin.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Exclusion de la preuve — Policier obtenant une déclaration incriminante d'un accusé après l'avoir confronté à une déclaration antérieure faite par l'accusé en violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat — Admission de la dernière déclaration par le juge du procès et déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé — La dernière déclaration est-elle viciée par la déclaration antérieure obtenue par la police en violation du droit constitutionnel de l'accusé? — Dans l'affirmative, la dernière déclaration aurait-elle dû être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

L'accusé a fait, après quatre heures de résistance, une déclaration incriminante immédiatement après avoir été confronté, par le policier qui l'interrogeait, à une déclaration antérieure obtenue de lui en violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Le juge du procès a admis la dernière déclaration et a déclaré l'accusé coupable relativement à trois chefs de contacts sexuels. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. La déclaration attaquée aurait dû être

excluded pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A statement is tainted by an earlier breach of an accused's constitutional rights if the breach and the impugned statement can be said to be part of the same transaction or course of conduct. Here, the required connection between the two statements was direct and obvious. It was temporal, causal and, to some extent, contextual. The interrogating officer concluded that he would not obtain the incriminating admissions sought unless he confronted the accused with the latter's earlier inadmissible statement. He therefore proceeded to do so. In this way the interrogating officer made use, knowingly and deliberately, of an earlier statement that the police themselves had obtained from the accused in a manner that infringed his *Charter* rights. This alone was sufficient to taint the subsequent statement and to cry out for its exclusion pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. To hold otherwise would be to invite the perception that the police are legally entitled to reap the benefit of their own infringements of a suspect's constitutional rights. And this would bring the administration of justice into disrepute. [21-22] [25-26]

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **referred to:** *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 151.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Kirkpatrick J.J.A.) (2007), 242 B.C.A.C. 230, 400 W.A.C. 230, 219 C.C.C. (3d) 449, 156 C.R.R. (2d) 43, [2007] B.C.J. No. 948 (QL), 2007 CarswellBC 986, 2007 BCCA 275, upholding a conviction on three counts of sexual interference. Appeal allowed.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, for the appellant.

*Susan J. Brown*, for the respondent.

*Gillian Roberts and David Friesen*, for the intervenor.

exclue aux termes du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Une déclaration est viciée par une violation antérieure d'un droit constitutionnel de l'accusé s'il est possible d'affirmer que la violation et la déclaration en cause font partie de la même opération ou de la même ligne de conduite. En l'espèce, le lien nécessaire entre les deux déclarations était direct et évident. Il était temporel, causal et, dans une certaine mesure, contextuel. Le policier qui menait l'interrogatoire a conclu qu'il n'obtiendrait pas les aveux incriminants qu'il recherchait à moins de confronter l'accusé avec sa déclaration antérieure inadmissible. C'est donc ce qu'il a fait. Ainsi, le policier a utilisé sciemment et délibérément une déclaration que la police avait elle-même obtenue de l'accusé dans des conditions portant atteinte aux droits que la *Charte* garantit à ce dernier. Cela suffisait en soi à vicier la déclaration subséquente et à nécessiter son exclusion en application du par. 24(2) de la *Charte*. Rendre une décision contraire risquerait de donner l'impression que la police a le droit de tirer profit de ses propres atteintes aux droits constitutionnels d'un suspect. Et cela serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [21-22] [25-26]

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **arrêts mentionnés :** *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Levine et Kirkpatrick) (2007), 242 B.C.A.C. 230, 400 W.A.C. 230, 219 C.C.C. (3d) 449, 156 C.R.R. (2d) 43, [2007] B.C.J. No. 948 (QL), 2007 CarswellBC 986, 2007 BCCA 275, qui a confirmé une déclaration de culpabilité relativement à trois chefs d'accusation de contacts sexuels. Pourvoi accueilli.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, pour l'appelant.

*Susan J. Brown*, pour l'intimée.

*Gillian Roberts et David Friesen*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] This appeal turns on the admissibility of an incriminating statement made by the appellant to the police upon being confronted with an earlier statement obtained from him in violation of his constitutional rights.

[1] Ce pourvoi porte sur la recevabilité d'une déclaration incriminante faite par l'appellant à la police au moment où il était confronté à une déclaration antérieure obtenue de lui en violation de ses droits constitutionnels.

[2] Initially, the interrogating officer attempted to insulate the confession he hoped to secure on this occasion from two earlier statements impermissibly obtained by his colleagues. But what the officer properly intended as a “fresh start” soon foundered. After more than four hours of fruitless interrogation, he and the appellant — in the officer's words — were “at loggerheads”.

[2] À l'origine, l'agent qui interrogeait l'appellant a essayé d'isoler la confession qu'il espérait obtenir à ce moment-là de deux déclarations antérieures obtenues de manière illégale par ses collègues. Mais le [TRADUCTION] « nouveau départ » d'abord envisagé comme il se doit par l'agent n'a pas tardé à s'effondrer. Après plus de quatre heures d'interrogatoire infructueux, l'appellant et lui étaient — selon les termes de l'agent — [TRADUCTION] « à couteaux tirés ».

[3] As a last resort, the officer thus returned to where his colleagues had left off: He confronted the appellant with the appellant's prior inadmissible statements or, at least, one of them. Only then did the interrogating officer induce the appellant to make the incriminating admissions he had otherwise been unable to secure. What began as a *permissible* fresh start thus ended as an *impermissible* interrogation inseparably linked to its tainted past.

[3] En dernier recours, l'agent a alors repris les choses là où ses collègues les avaient laissées : il a confronté l'appellant à ses déclarations antérieures irrecevables, ou du moins à l'une d'entre elles. C'est alors seulement que l'agent a pu obtenir de l'appellant les aveux incriminants qu'il n'avait pas réussi à obtenir autrement. Ce qui avait commencé par un nouveau départ *acceptable* s'est ainsi terminé par un interrogatoire *inacceptable* indissociablement lié aux interrogatoires entachés qui l'avaient précédé.

[4] The interrogating officer knew that the earlier statements had both been obtained in a manner that infringed the appellant's right to counsel under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He evidently understood as well that his use of the prior statements in this third interrogation would jeopardize the admissibility of any admissions obtained as a consequence. That is why he refrained for more than four hours from invoking the prior statements though he believed, as we shall see, that this alone would get Mr. Wittwer to incriminate himself.

[4] L'agent savait que les déclarations antérieures avaient été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'appellant par la *Charte canadienne des droits et libertés*. De toute évidence, il comprenait aussi que l'utilisation des déclarations antérieures dans le cadre de ce troisième interrogatoire mettrait en péril la recevabilité de tout aveu obtenu en conséquence. C'est pourquoi il a évité pendant plus de quatre heures d'invoquer les déclarations antérieures même s'il croyait, comme nous le verrons, qu'il suffirait de le faire pour amener M. Wittwer à s'incriminer.

[5] For these reasons, and the reasons that follow, I would allow the appeal, set aside the appellant's convictions, and order a new trial.

## II

[6] Dieter Helmut Wittwer, who was 71 years old at the time of trial, stands convicted of three counts of sexual interference, contrary to s. 151 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The offences are alleged to have been committed between January 1, 1998 and July 14, 2003. Each count alleges a different victim: SLR, who was between two and six at the time; CMF, who was between six and seven; and SMF, who was between five and six.

[7] As mentioned earlier, the appellant gave three statements to the police. There is no dispute that the appellant's first and second statements were both obtained in a manner that infringed his constitutional rights. The respondent makes this plain in its factum (at para. 7):

The Crown did not seek to tender in evidence either of the two previous statements, conceding that each was obtained in violation of s. 10(b) [of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*].

[8] Mr. Wittwer appeals on the ground that his third statement, given while he was in custody on another charge, was likewise obtained in violation of his right to counsel and should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[9] Mr. Wittwer was first questioned, by Constable Samuel Ghadban, on July 29, 2003, at the Kamloops Regional Correctional Centre where he was then detained on an unrelated charge. The interview lasted 1 h 40 min. In the course of that interview, the appellant recounted an incident that was said to have occurred three or four months earlier — an incident described in the courts below as a “bizarre” sexual encounter involving two of the three complainants.

[5] Pour ces motifs, et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## II

[6] Dieter Helmut Wittwer, âgé de 71 ans lors du procès, a été déclaré coupable de trois chefs de contacts sexuels, infraction prévue à l'art. 151 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Les infractions auraient été commises entre le 1<sup>er</sup> janvier 1998 et le 14 juillet 2003. Chacun des chefs d'accusation concerne une victime différente : SLR, qui avait entre deux et six ans à l'époque; CMF, qui avait entre six et sept ans; et SMF, qui avait entre cinq et six ans.

[7] Comme je l'ai déjà mentionné, l'appelant a fait trois déclarations à la police. Il n'est pas contesté que la première et la deuxième déclaration de l'appelant ont toutes deux été obtenues dans des conditions qui portent atteinte à ses droits constitutionnels. L'intimée le reconnaît clairement dans son mémoire (par. 7) :

[TRADUCTION] Le ministère public n'a pas cherché à présenter en preuve l'une ou l'autre des déclarations antérieures; il a admis que chacune avait été obtenue en violation de l'al. 10b) [de la *Charte canadienne des droits et libertés*].

[8] Monsieur Wittwer interjette appel au motif que sa troisième déclaration, faite pendant qu'il était détenu relativement à une autre accusation, a elle aussi été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat et aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

[9] Monsieur Wittwer a été interrogé une première fois par l'agent Samuel Ghadban, le 29 juillet 2003, au Centre correctionnel régional de Kamloops, où il était détenu en raison d'une accusation sans lien avec celles dont il est question en l'espèce. L'interrogatoire a duré une heure 40 minutes. Au cours de l'interrogatoire, l'appelant a raconté un incident qui, selon lui, s'était passé trois ou quatre mois auparavant — un incident décrit par les tribunaux inférieurs comme une rencontre sexuelle [TRADUCTION] « bizarre » avec deux des trois plaignantes.

[10] Shortly thereafter, the Crown realized that Constable Ghadban had failed to properly inform the appellant of his right to counsel and that the statement might for that reason be inadmissible at trial. After some discussion, the police decided to again question the appellant.

[11] The second interview was conducted by Constable David Helgason, who informed Mr. Wittwer properly of his right to counsel but hindered its exercise by making no effort to enable the appellant to contact his lawyer. The interview was not videotaped and the audio recording was of poor quality. Recognizing that the appellant's second statement was therefore of doubtful admissibility, the police decided to question him once again — for the third time.

[12] The third interview, which is our concern here, was conducted by Sergeant Cary Skrine. That interview lasted almost five hours. Sergeant Skrine began by informing Mr. Wittwer of his right to counsel. Sergeant Skrine also told Mr. Wittwer that his decision whether to answer his questions should not be influenced by anything he had previously said to other police officers. Sergeant Skrine did not inform Mr. Wittwer that his prior statements might be inadmissible against him at his trial. And he claimed, as a matter of strategic misinformation, that he had no knowledge of the content of those statements.

[13] Sergeant Skrine questioned the appellant about the sexual encounter he had described in the first two interviews. The appellant, however, repeatedly told Sergeant Skrine to “talk to ‘Sam’ [Constable Ghadban]”, and persisted for more than four hours in his refusal to discuss the matter with Sergeant Skrine.

[14] Sergeant Skrine testified that he and the appellant remained “at loggerheads”. He felt that the only way to get the appellant to incriminate himself was to acknowledge that he knew about the sexual encounter described by the appellant in the first two interviews. Sergeant Skrine concluded

[10] Peu après, le ministère public a réalisé que l'agent Ghadban n'avait pas adéquatement informé l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat et que la déclaration risquait pour cette raison d'être irrecevable dans le cadre d'un procès. Après discussions, la police a décidé d'interroger l'appellant de nouveau.

[11] Le second interrogatoire a été mené par l'agent David Helgason, qui a correctement informé M. Wittwer de son droit à l'assistance d'un avocat, mais en a gêné l'exercice en ne faisant aucun effort pour donner à l'appellant la possibilité de communiquer avec son avocat. L'interrogatoire n'a pas été enregistré sur bande vidéo et l'enregistrement sonore était de piètre qualité. La police, reconnaissant que la recevabilité de la deuxième déclaration de l'appellant était par conséquent douteuse, a décidé de l'interroger encore une fois — la troisième.

[12] Le troisième interrogatoire, celui qui nous intéresse ici, a été mené par le sergent Cary Skrine. Il a duré près de cinq heures. Le sergent Skrine a tout d'abord informé M. Wittwer de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a également dit à M. Wittwer que sa décision de répondre ou non aux questions ne devait pas être influencée par quoi que ce soit qu'il ait dit auparavant à d'autres policiers. Le sergent Skrine n'a pas informé M. Wittwer que ses déclarations antérieures pourraient ne pas être recevables contre lui dans le cadre d'un procès. Et il a faussement prétendu, pour des raisons stratégiques, ignorer la teneur de ces déclarations.

[13] Le sergent Skrine a questionné l'appellant au sujet de la rencontre sexuelle qu'il avait décrite lors des deux premiers interrogatoires. L'appellant a cependant dit à plusieurs reprises au sergent Skrine de [TRADUCTION] « s'adresser à “Sam” [l'agent Ghadban] », et a persisté pendant plus de quatre heures à refuser d'aborder ce sujet avec le sergent Skrine.

[14] Le sergent Skrine a affirmé que lui et l'appellant étaient restés [TRADUCTION] « à couteaux tirés ». Il avait l'impression que la seule façon d'amener l'appellant à s'incriminer était de reconnaître qu'il était au courant de la rencontre sexuelle décrite par l'appellant lors des deux premiers

that there was only one way he could get the appellant “to talk”. In the officer’s words:

... I felt that if he were going to make admissions with regard to those assaults, that he would only do it if he knew that I knew about his conversation with Constable Ghadban [who had taken the appellant’s first statement]. [A.R., at p. 157]

[15] Sergeant Skrine’s conclusion proved correct. On his return to the interview room after leaving briefly to consult with Constable Ghadban, Sergeant Skrine informed the appellant that he now knew what the appellant had told Constable Ghadban. Only then did the “gates ope[n]”: The appellant proceeded immediately to give the statement that he had until then resolutely refused to provide (A.R., at p. 12, judgment on the *voir dire*, at para. 27).

[16] The trial judge found that Sergeant Skrine’s purpose was to obtain “an independent statement, independent, that is, of the two earlier statements given to Constable Helgason and Constable Ghadban” (A.R., at p. 6, judgment on the *voir dire*, at para. 10). The appellant persisted, however, in declining to say what the officer wanted to hear — until Sergeant Skrine told him, for the first time, that he knew what the appellant had already told Constable Ghadban.

[17] The trial judge nonetheless concluded that there was a “significant temporal separation” between the impugned statement and the statement given to Constable Ghadban some five months earlier. The judge found, moreover, that the causal connection between the two statements was relatively weak; that the statement taken by Sergeant Skrine was not tainted by any defect in the initial statement; and that it was therefore admissible against Mr. Wittwer. And he convicted Mr. Wittwer on all three counts of sexual interference, contrary to s. 151 of the *Criminal Code*.

[18] The British Columbia Court of Appeal agreed substantially with the trial judge and upheld

interrogatoires. Le sergent Skrine a conclu qu’il n’y avait qu’une façon pour lui d’amener l’appellant [TRADUCTION] « à parler ». Je le cite :

[TRADUCTION] ... j’avais le sentiment que s’il devait faire des aveux au sujet de ces agressions, il le ferait uniquement s’il savait que j’étais au courant de sa conversation avec l’agent Ghadban [qui avait recueilli la première déclaration de l’appellant]. [d.a., p. 157]

[15] La conclusion du sergent Skrine s’est avérée juste. Lorsqu’il est revenu dans la salle d’interrogatoire après s’être absenté brièvement pour discuter avec l’agent Ghadban, le sergent Skrine a informé l’appellant qu’il savait maintenant ce que l’appellant avait dit à l’agent Ghadban. C’est alors seulement que [TRADUCTION] « les verrous ont sauté » : l’appellant a immédiatement commencé à faire la déclaration qu’il avait jusqu’alors résolument refusé de faire (d.a., p. 12, jugement relatif au voir-dire, par. 27).

[16] Le juge du procès a conclu que l’objectif du sergent Skrine était d’obtenir [TRADUCTION] « une déclaration indépendante, à savoir indépendante des deux déclarations antérieures faites à l’agent Helgason et à l’agent Ghadban » (d.a., p. 6, jugement relatif au voir-dire, par. 10). Mais l’appellant a persisté à refuser de dire ce que le policier voulait entendre — jusqu’à ce que le sergent Skrine lui dise, pour la première fois, qu’il était au courant de ce que l’appellant avait déjà dit à l’agent Ghadban.

[17] Le juge du procès a néanmoins conclu à l’existence d’un [TRADUCTION] « écart temporel important » entre la déclaration en cause et celle qui avait été faite à l’agent Ghadban quelque cinq mois auparavant. Il a conclu en outre que le lien de causalité entre les deux déclarations était relativement faible, que la déclaration recueillie par le sergent Skrine n’était entachée d’aucun vice de la déclaration initiale, et qu’elle était par conséquent recevable contre M. Wittwer. Et il a déclaré M. Wittwer coupable sur les trois chefs de contacts sexuels, l’infraction prévue à l’art. 151 du *Code criminel*.

[18] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique était d’accord dans une large mesure avec le juge du

the appellant's convictions: (2007), 219 C.C.C. (3d) 449, 2007 BCCA 275.

### III

[19] In determining whether a statement should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the court must be satisfied (i) that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied any of the rights or freedoms guaranteed by the *Charter*; and (ii) that the admission of the evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute: *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

[20] The decisive question on this appeal is whether the appellant's third statement was tainted by the *Charter* breaches that marred the appellant's earlier statements relating to the same charges.

[21] In considering whether a statement is tainted by an earlier *Charter* breach, the courts have adopted a purposive and generous approach. It is unnecessary to establish a strict causal relationship between the breach and the subsequent statement. The statement will be tainted if the breach and the impugned statement can be said to be part of the same transaction or course of conduct: *Strachan*, at p. 1005. The required connection between the breach and the subsequent statement may be "temporal, contextual, causal or a combination of the three": *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, at para. 45. A connection that is merely "remote" or "tenuous" will not suffice: *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, at para. 40; *Plaha*, at para. 45.

[22] In this case, I am satisfied that the connection is *temporal*, in the sense that mention of the first inadmissible statement (the "Ghadban statement") was followed *immediately* by the appellant's statement to Sergeant Skrine. The connection is *causal* as well, in the sense that the impugned statement was elicited after more than four hours of resistance by the appellant and — as the interrogator expected — as a result of the interrogator's reference to the Ghadban statement. In this regard, I

procès et elle a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appellant : (2007), 219 C.C.C. (3d) 449, 2007 BCCA 275.

### III

[19] Pour décider s'il y a lieu d'écarter une déclaration en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal doit être convaincu (i) que cette déclaration a été obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, et (ii) que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

[20] La question décisive à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si la troisième déclaration de l'appellant était viciée par les violations de la *Charte* qui entachaient ses déclarations antérieures au sujet des mêmes accusations.

[21] Les tribunaux appelés à décider si une déclaration est viciée par une violation antérieure de la *Charte* ont privilégié une approche généreuse et fondée sur l'objet visé. Il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité strict entre la violation et la déclaration subséquente. La déclaration sera viciée s'il est possible d'affirmer que la violation et la déclaration en cause font partie de la même opération ou de la même ligne de conduite : *Strachan*, p. 1005. Le lien exigé entre la violation et la déclaration subséquente peut être [TRADUCTION] « temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois » : *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, par. 45. Un lien qui est simplement « éloigné » ou « ténu » ne sera pas suffisant : *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, par. 40; *Plaha*, par. 45.

[22] Dans la présente affaire, je suis convaincu que le lien est *temporel*, au sens où la déclaration de l'appellant au sergent Skrine a suivi *immédiatement* la mention de la première déclaration irrecevable (la « déclaration Ghadban »). Le lien est également *causal*, au sens où la déclaration en cause a été obtenue après plus de quatre heures de résistance de l'appellant et — comme s'y attendait l'agent qui menait l'interrogatoire — parce que l'agent a mentionné la déclaration Ghadban. À cet égard, je cite



again reproduce Sergeant Skrine's prescient observation: "I felt", he testified, "that if he were going to make admissions with regard to those assaults, that he would only do it if he knew that I knew about his conversation with Constable Ghadban". Finally, I am satisfied that the connection between the impugned statement and its inadmissible predecessors is to some extent *contextual*, in that any prior gap between the two was intentionally and explicitly bridged by Sergeant Skrine's association of one with the other in the course of his interrogation of the appellant with Constable Ghadban's watchful assistance. On any view of the matter, the connection required under *Goldhart* and *Plaha* has plainly been established.

[23] In this regard, I consider particularly apt the observations of Sopinka J., speaking for a unanimous Court in *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at pp. 526-27:

Under the rules relating to confessions at common law, the admissibility of a confession which had been preceded by an involuntary confession involved a factual determination based on factors designed to ascertain the degree of connection between the two statements. These included the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances. . . .

In applying these factors, a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement. . . .

In these cases the fact that a caution or warning had been given or that the advice of counsel had been obtained between the two statements was a factor to be considered but it was by no means determinative. While such an occurrence went a long way to dissipate elements of compulsion or inducement resulting from the conduct of the interrogators, it might have little or no effect in circumstances in which the second statement is induced by the fact of the first. [Emphasis added.]

encore une fois l'observation presciente du sergent Skrine : [TRADUCTION] « J'avais le sentiment », a-t-il dit lors de son témoignage, « que s'il devait faire des aveux au sujet de ces agressions, il le ferait uniquement s'il savait que j'étais au courant de sa conversation avec l'agent Ghadban ». Enfin, je suis convaincu que le lien entre la déclaration en cause et les déclarations irrecevables qui l'ont précédée est jusqu'à un certain point *contextuel*, dans la mesure où tout écart antérieur entre les deux a été comblé d'une manière intentionnelle et explicite par l'association faite entre les deux par le sergent Skrine lors de l'interrogatoire de l'appelant qu'il a effectué avec le soutien vigilant de l'agent Ghadban. Peu importe la façon dont on envisage la question, le lien exigé par les arrêts *Goldhart* et *Plaha* a clairement été établi.

[23] À cet égard, les observations suivantes du juge Sopinka, qui s'exprimait au nom de la Cour unanime dans *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, p. 526-527, me semblent particulièrement pertinentes :

Selon les règles de common law relatives aux confessions, la détermination de l'admissibilité d'une confession précédée d'une confession involontaire comportait une décision factuelle fondée sur des facteurs destinés à établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Ces facteurs comprenaient le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l'interrogatoire, la découverte d'une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d'autres similarités entre les deux cas. . . .

Si on applique ces facteurs, une confession subséquente serait involontaire si l'une des caractéristiques, ayant vicié la première confession existait toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. . . .

Dans ces cas, il fallait tenir compte du fait qu'il y avait eu avertissement ou mise en garde ou qu'on avait obtenu les conseils d'un avocat entre les deux déclarations, sans pour autant qu'il s'agisse là de facteurs déterminants. Bien que ces facteurs aient largement contribué à dissiper les éléments de contrainte ou d'incitation résultant de la conduite des interrogateurs, il se pourrait qu'ils n'aient que peu ou pas d'effet dans les cas où la seconde déclaration est provoquée par la première. [Je souligne.]

[24] Justice Sopinka found in that case that the existence of the first statement was a substantial factor in the making of the second statement and, accordingly, that the latter statement was inadmissible on the common law test. Justice Sopinka took care to add that, had it been necessary, he would also have excluded the second statement under s. 24(2) (p. 532).

[25] I would do so here. In my view, the required connection between the first statement and the third statement is direct and obvious. If Sergeant Skrine had not acknowledged that he was already aware of what the appellant had told Constable Ghadban, the appellant would not have reiterated the same incriminating admissions. What we have here, then, is not a suspect's change of heart but an interrogator's fatal change in strategy.

[26] With a view to obtaining these incriminating admissions from the accused, the police knowingly and deliberately made use of an earlier statement that they themselves had obtained from the appellant in a manner that infringed his constitutional rights under the *Charter*. This alone is sufficient to taint the subsequent statement and to cry out for its exclusion under the principles set out in *Strachan*. To hold otherwise is to invite the perception that the police are legally entitled to reap the benefit of their own infringements of a suspect's constitutional rights. And this, in my view, would bring the administration of justice into disrepute.

#### IV

[27] For all of these reasons, I would allow the appeal, set aside the appellant's convictions, and order a new trial. With respect to the other grounds raised, I find it necessary to add only that none would have sufficed to allow the appeal. More particularly, I do not believe Sergeant Skrine was required to disclose to the appellant the legal advice given to the police by Crown counsel regarding the admissibility of the appellant's earlier statements.

[24] Le juge Sopinka a conclu dans cette affaire que l'existence de la première déclaration était un facteur important qui avait incité à faire la deuxième déclaration et, partant, que la deuxième déclaration était irrecevable suivant le critère de la common law. Le juge Sopinka a pris soin d'ajouter que si cela avait été nécessaire, il aurait également écarté la deuxième déclaration en vertu du par. 24(2) (p. 532).

[25] C'est ce que je ferais en l'espèce. À mon avis, le lien nécessaire entre la première déclaration et la troisième est direct et évident. Si le sergent Skrine n'avait pas reconnu être déjà au courant de ce que l'appellant avait dit à l'agent Ghadban, l'appellant n'aurait pas fait de nouveau les mêmes aveux incriminants. Il ne s'agit donc pas d'un suspect qui a changé d'idée, mais d'un changement de stratégie fatal de la part du policier qui menait l'interrogatoire.

[26] Dans le but d'obtenir de l'accusé ces aveux incriminants, les policiers ont sciemment et délibérément utilisé une déclaration qu'ils avaient eux-mêmes antérieurement obtenue de l'appellant dans des conditions portant atteinte aux droits constitutionnels que lui garantit la *Charte*. Cela suffit en soi à vicier la déclaration subséquente et à nécessiter son exclusion en vertu des principes énoncés dans *Strachan*. Rendre une décision contraire risquerait de donner l'impression que la police a le droit de tirer profit de ses propres atteintes aux droits constitutionnels d'un suspect. Et cela, à mon avis, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### IV

[27] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appellant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En ce qui a trait aux autres motifs invoqués, j'estime nécessaire d'ajouter qu'aucun d'entre eux n'aurait été suffisant pour que le pourvoi soit accueilli. En particulier, je ne crois pas que le sergent Skrine était tenu de faire connaître à l'appellant l'opinion juridique donnée à la police par l'avocat du ministère public au sujet de la recevabilité des déclarations antérieures de l'appellant.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

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

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

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

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

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

**Bradley Gene Walker** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. WALKER**

**Neutral citation: 2008 SCC 34.**

File No.: 32069.

2008: February 26; 2008: June 6.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal reversing trial judge's acquittal of accused on charge of second degree murder owing to insufficiency of reasons — Whether trial judge's duty to give reasons for judgment in trial by judge alone operates with equal force on appeal from acquittal as on appeal from conviction — Whether trial judge's reasons adequately explained why accused was acquitted on charge of second degree murder.*

After a night of drinking, the accused shot and killed his common law spouse and was charged with second degree murder. At his trial before a judge alone, the trial judge acquitted the accused of murder but convicted him of manslaughter. In reaching his decision, the trial judge noted evidence of intoxication and accident, and indicated that he was not satisfied beyond a reasonable doubt that the accused either meant to cause his spouse's death or meant to cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. The majority of the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial on the charge of second degree murder. In the majority's view, the trial judge's reasons did not make it clear whether the acquittal was based on the evidence of the accused's intoxication, or on the evidence of his having accidentally shot his spouse or on some combination of the two. This inadequacy was such

**Bradley Gene Walker** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WALKER**

**Référence neutre : 2008 CSC 34.**

N° du greffe : 32069.

2008 : 26 février; 2008 : 6 juin.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs de jugement — Cour d'appel infirmant la décision du juge du procès d'acquitter l'inculpé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré en raison de l'insuffisance des motifs — L'obligation qui incombe au juge du procès de motiver sa décision dans le cas d'un procès devant juge seul s'applique-t-elle de la même façon dans l'appel contre un acquittement que dans l'appel contre une condamnation? — Les motifs du juge du procès expliquent-ils adéquatement les raisons de l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré?*

Après avoir passé la nuit à boire, l'accusé a tué d'un coup de feu sa conjointe de fait et a été accusé de meurtre au deuxième degré. À son procès devant juge seul, le juge l'a acquitté de meurtre, mais l'a reconnu coupable d'homicide involontaire coupable. Pour parvenir à sa décision, le juge du procès a tenu compte de la preuve relative à l'ivresse et à l'accident, et a indiqué qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait eu l'intention de causer la mort de sa conjointe ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort. La Cour d'appel a infirmé à la majorité l'acquittement et a ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. De l'avis de la majorité, les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement si l'acquittement était fondé sur la preuve de l'ivresse de l'accusé ou sur la preuve qu'il avait accidentellement tiré sur

as to preclude meaningful appellate review of the correctness of the trial decision. The dissenting judge held that the reasons were sufficient to permit an assessment of the acquittal based on the intoxication defence.

*Held:* The appeal should be allowed and the acquittal on the murder charge restored. The conviction on the charge of manslaughter was not appealed and is maintained.

*Sheppard* recognized a duty to give adequate reasons on a number of broad policy grounds, and it is apparent that these grounds apply as much to acquittals as to convictions. The Crown and the police, no less than the accused and the public generally, have a legitimate interest in knowing the reasons for the unsuccessful outcome. However, an appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself. Reasons are sufficient if they are responsive to the case's live issues and the parties' key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue. Whether the perceived deficiencies in the trial judge's reasons undermined the exercise of the Crown's right of appeal must be assessed in light of the limited nature of this right. Section 676(1) of the *Criminal Code* only permits appeals from acquittals on questions of law alone and contrasts with the broader right of appeal from a conviction given to an accused. [19-21]

The adequacy of reasons must also be assessed in light of the fact an accused benefits from the presumption of innocence. A conviction requires the prosecution to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt. An acquittal, on the other hand, can rest simply on the absence of proof. This difference does not excuse a trial judge from failure to provide intelligible reasons for an acquittal, but it necessarily informs an assessment of whether the reasons are so deficient as to preclude effective appellate review. [22]

Here, the trial judge adequately explained his reasons for the acquittal on the second degree murder charge. He did not find that the consumption of alcohol prevented the accused from forming the requisite intent for murder. Rather, on a fair reading of his reasons as a whole, his reasonable doubt as to intent was

sa conjointe, ou sur une quelconque combinaison de ces deux éléments. Cette insuffisance était de nature à empêcher un examen valable en appel de la justesse de la décision. Selon la juge dissidente, les motifs étaient suffisants pour permettre un examen de l'acquiescement fondé sur la défense d'ivresse.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement à l'égard de l'accusation de meurtre, rétabli. La déclaration de culpabilité quant à l'accusation d'homicide involontaire coupable n'a pas été portée en appel et est maintenue.

Dans *Sheppard*, la Cour a reconnu l'existence d'une obligation de fournir des motifs suffisants compte tenu d'un certain nombre de raisons de principe et il est clair que ces considérations s'appliquent autant aux acquiescements qu'aux condamnations. Le ministère public et la police, tout comme l'accusé et le public en général, ont un intérêt légitime à connaître les motifs d'une conclusion défavorable. Un tribunal d'appel n'est toutefois pas habilité à intervenir simplement parce qu'il estime que le tribunal de première instance s'est mal exprimé. Les motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l'abstrait, mais d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige. Pour déterminer si les lacunes apparentes des motifs du juge du procès compromettent l'exercice du droit d'appel du ministère public, il faut les apprécier en tenant compte de la nature limitée de ce droit. Le paragraphe 676(1) du *Code criminel* ne permet d'interjeter appel d'un acquiescement que pour des questions de droit, par opposition au droit d'appel général accordé à l'accusé qui a été reconnu coupable. [19-21]

La suffisance des motifs doit également être appréciée compte tenu du fait que l'accusé jouit de la présomption d'innocence. L'accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite établit chacun des éléments factuels de l'infraction au-delà de tout doute raisonnable. Par contre, l'acquiescement peut reposer simplement sur l'absence de preuve. Cette différence ne dispense pas le juge du procès de motiver l'acquiescement de façon intelligible, mais elle est nécessairement pertinente pour déterminer si les motifs sont lacunaires au point d'empêcher un examen valable en appel. [22]

En l'espèce, le juge du procès a expliqué adéquatement dans ses motifs les raisons de l'acquiescement à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré. Il n'a pas conclu que la consommation d'alcool avait empêché l'accusé de former l'intention requise pour le meurtre. Au contraire, une interprétation objective

raised by what he considered to be the real possibility that the shooting was the result of an accident in which the accused's alcohol consumption played a significant role. While the trial judge's reasons, delivered orally, fell well short of the ideal, they were not so inadequate that the Crown's limited right of appeal was impaired. [23-24] [26-27]

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; **disapproved:** *R. v. Kendall* (2005), 198 C.C.C. (3d) 205; **referred to:** *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Kent*, [1994] 3 S.C.R. 133; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 222(1), (5), 229(a), 234-236, 676(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Jackson and Richards J.J.A.), [2007] 7 W.W.R. 445, 293 Sask. R. 113, 220 C.C.C. (3d) 528, [2007] S.J. No. 184 (QL), 2007 CarswellSask 191, 2007 SKCA 48, setting aside the acquittal on the charge of second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Mervyn T. Shaw, Q.C.*, for the appellant.

*Anthony B. Gerein*, for the respondent.

*M. David Lepofsky*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal raises the question of whether a trial judge's duty to give reasons for judgment in a trial by judge alone operates with equal force and effect in an appeal from an acquittal as on an appeal from a conviction. In the present case, a majority of the Saskatchewan Court of Appeal reversed the trial judge's acquittal of the appellant on a charge of second degree murder. The appellant was convicted of manslaughter. In

de l'ensemble de ses motifs permet de conclure que le doute raisonnable qu'il a eu quant à l'intention vient de ce qu'il a estimé être la possibilité réelle que le coup de feu ait résulté d'un accident où la consommation d'alcool a joué un rôle important. Bien que les motifs du juge du procès, prononcés oralement, soient loin de la perfection, ils n'étaient pas insuffisants au point de porter atteinte au droit d'appel limité du ministère public. [23-24] [26-27]

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; **arrêt critiqué :** *R. c. Kendall* (2005), 198 C.C.C. (3d) 205; **arrêts mentionnés :** *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Kent*, [1994] 3 R.C.S. 133; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 222(1), (5), 229a), 234-236, 676(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Jackson et Richards), [2007] 7 W.W.R. 445, 293 Sask. R. 113, 220 C.C.C. (3d) 528, [2007] S.J. No. 184 (QL), 2007 CarswellSask 191, 2007 SKCA 48, qui a infirmé l'acquittal relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Mervyn T. Shaw, c.r.*, pour l'appelant.

*Anthony B. Gerein*, pour l'intimée.

*M. David Lepofsky*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si, dans un procès devant juge seul, l'obligation qui incombe à celui-ci de motiver son jugement s'applique de la même façon dans l'appel contre un acquittement que dans l'appel contre une condamnation. En l'espèce, la Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé à la majorité l'acquittal de l'appelant par le juge du procès relativement à une accusation de meurtre au

reaching his decision the trial judge noted evidence of intoxication and accident, but in the view of the majority he did not make clear the “pathway” he followed to the acquittal of the appellant of the more serious charge. In particular, according to the majority, the trial judge did not make it clear whether the acquittal was “based on the evidence of the accused’s intoxication, or on the evidence of his having accidentally shot [the victim], or on some combination of the two (in the sense intoxication can increase the prospect of accident)” ((2007), 220 C.C.C. (3d) 528, 2007 SKCA 48, at para. 33). A new trial was ordered on the charge of second degree murder.

[2] In my view, with respect, while the trial judge’s duty to give reasons applies generally to acquittals as much as to convictions, the *content* of the reasons necessary to give full effect to the right of appeal is governed by the different issues to which the reasons are directed on an acquittal (perhaps no more than the basis of a reasonable doubt) and a conviction (factual findings showing the pathway to conviction, explaining why significant elements of the evidence are accepted, rejected or fail to raise a reasonable doubt). Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge’s reasons for acquittal to create a ground of “unreasonable acquittal” which is not open to the court under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). I conclude, with great respect for the contrary view, that the trial judge’s reasons in this case provided an adequate foundation for the Crown to exercise its limited right of appeal. I would therefore set aside the majority judgment of the Saskatchewan Court of Appeal and restore the acquittal on the murder charge. The conviction on the charge of manslaughter was not appealed.

deuxième degré. L’appelant a été condamné pour homicide involontaire coupable. Pour parvenir à sa décision, le juge du procès a tenu compte de la preuve relative à l’ivresse et à l’accident, mais les juges majoritaires ont estimé qu’il n’a pas expliqué clairement le raisonnement qu’il avait suivi pour acquitter l’appelant de l’accusation la plus grave. Plus particulièrement, il n’a pas, à leur avis, précisé si l’acquittement était [TRADUCTION] « fondé sur la preuve de l’ivresse de l’accusé, sur la preuve qu’il avait accidentellement tiré [sur la victime], ou sur une quelconque combinaison de ces deux éléments (dans le sens où l’ivresse peut accroître les risques d’accident) » ((2007), 220 C.C.C. (3d) 528, 2007 SKCA 48, par. 33). Un nouveau procès a été ordonné relativement à l’accusation de meurtre au deuxième degré.

[2] Soit dit en tout respect, si l’obligation qui incombe au juge du procès de motiver sa décision s’applique généralement autant aux acquittements qu’aux condamnations, la *teneur* des motifs nécessaires pour donner plein effet au droit d’appel est dictée par les différentes questions auxquelles doivent répondre les motifs lors d’un acquittement (peut-être en vue d’établir rien de plus que le fondement d’un doute raisonnable) et lors d’une condamnation (les conclusions de faits indiquant le raisonnement suivi pour conclure à la condamnation, expliquant pourquoi certains éléments de preuve importants sont retenus, rejetés ou ne parviennent pas à soulever un doute raisonnable). Il faut prendre garde de ne pas s’arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l’acquittement pour créer un motif d’« acquittement déraisonnable », verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »). En tout respect pour l’opinion contraire, je conclus que les motifs du juge du procès en l’espèce étaient suffisants pour permettre au ministère public d’exercer son droit d’appel limité. Par conséquent, j’annulerais la décision majoritaire de la Cour d’appel de la Saskatchewan et rétablirais l’acquittement à l’égard de l’accusation de meurtre. Il n’a pas été interjeté appel de la condamnation pour homicide involontaire coupable.

## I. Facts

[3] The appellant, a 27-year-old resident of Moose Jaw, shot and killed his common-law spouse, Valerie Reynolds, on August 30, 2003. They had been living together in a house they shared with the appellant's three small children. The appellant kept a shotgun (the weapon used) in the house. The shotgun had recently been purchased from a friend, Denis Deschamps.

[4] On the evening in question, Mr. Deschamps came to the appellant's house at about 6:00 p.m. Everyone, including the appellant, had several drinks of rum and Coke, eventually finishing off a 26-ounce bottle. There may have been some beer consumed and possibly one joint. At some point, early in the evening, the appellant got out the shotgun and began playing around with it. The gun was not loaded at that time. Around 11:30 p.m., the group decided to go to a bar. In the meantime, Mr. Deschamps's girlfriend had arrived. She agreed to remain behind to baby-sit the children. This left Valerie Reynolds, the eventual victim, free to accompany the men to the bar.

[5] The trial judge found that when the appellant left the house he "was not sober, but he was not really drunk" ([2004] S.J. No. 850 (QL), at para. 29). The group remained at the bar until its 2:00 a.m. closing time. The appellant drank two shots of Sambuca and at least four beers, maybe five, and a rye and Coke as well. Ms. Reynolds was drinking Smirnoff Ice. Friction developed. Ms. Reynolds danced with someone else and the appellant confronted this individual and told him to back off. At the same time, it seems, the appellant was "hitting on" another woman. The appellant was very drunk by closing time. However, they were holding hands as they left the bar.

[6] Once outside, the appellant approached several women with a view to arranging a sexual threesome with Ms. Reynolds and himself. She objected and an argument ensued. She then took the house keys and set off for home. Mr. Deschamps described Ms. Reynolds' pace as "like an Olympic speed

## I. Les faits

[3] Le 30 août 2003, l'appellant, âgé de 27 ans et résidant à Moose Jaw, a tué d'un coup de feu sa conjointe de fait, Valerie Reynolds. Ils vivaient ensemble dans une maison qu'ils partageaient avec les trois jeunes enfants de l'appellant. Celui-ci avait à la maison un fusil de chasse (l'arme utilisée) qu'il avait récemment acheté d'un ami, Denis Deschamps.

[4] Le soir en question, M. Deschamps est arrivé chez l'appellant vers 18 h. Tous, y compris l'appellant, ont bu plusieurs verres de rhum coca et ont finalement vidé une bouteille de 26 onces. Il est possible que certains aient bu de la bière et fumé un joint. En début de soirée, l'appellant a commencé à s'amuser avec le fusil de chasse qu'il avait sorti; l'arme n'était alors pas chargée. Vers 23 h 30, le groupe a décidé d'aller dans un bar. La petite amie de M. Deschamps, qui était arrivée entre-temps, a accepté de rester à la maison pour garder les enfants. Valerie Reynolds, la victime, était donc libre d'accompagner les hommes au bar.

[5] Le juge du procès a conclu qu'au moment de quitter la maison l'appellant [TRADUCTION] « n'était pas sobre, mais n'était pas vraiment ivre » ([2004] S.J. No. 850 (QL), par. 29). Le groupe est resté au bar jusqu'à la fermeture, c'est-à-dire 2 h. L'appellant a bu deux verres de Sambuca et au moins quatre bières, peut-être cinq, de même qu'un whisky coca. Madame Reynolds a bu de la Smirnoff Ice. Une dispute a éclaté. Madame Reynolds dansait avec quelqu'un d'autre, l'appellant a apostrophé l'individu et lui a dit d'arrêter. Il semble que de son côté l'appellant ait dragué une autre femme. Il était très ivre au moment de la fermeture du bar, mais lorsqu'ils sont partis, M<sup>me</sup> Reynolds et lui se tenaient par la main.

[6] Une fois à l'extérieur, l'appellant a abordé plusieurs femmes pour leur proposer de faire l'amour à trois avec M<sup>me</sup> Reynolds et lui. Madame Reynolds a protesté et une querelle a éclaté. Elle a alors pris les clés de la maison et est partie en direction de la maison. Selon M. Deschamps, M<sup>me</sup> Reynolds



walking”, and “truckin’”. The two men pursued at a “quick pace” but could not narrow the gap by much. The appellant appeared angry at Ms. Reynolds for “leaving him like that” and accompanied by Mr. Deschamps chased after her saying he “was really pissed off” and would “slap her around and put her back into line”. Ms. Reynolds was crying. They continued on home, pausing in the parking lot of a Burger King, where they were observed arguing in loud voices by one of the employees, who saw the appellant grab Ms. Reynolds by the face to turn her towards him but said “[i]t wasn’t anything violent or aggressive.”

[7] Ms. Reynolds arrived home around 3:30 a.m. She was crying and went straight to the bedroom. The babysitter’s evidence was that the appellant was “much more drunk than when he left”. When leaving, Mr. Deschamps told the appellant to “take it easy”, to which the appellant replied, “Yeah, it’ll be a show, the police will show up”.

[8] Around 4:25 a.m., the police received a 911 call from the appellant to the effect that upon going to bed an intruder had somehow entered the bedroom, a scuffle ensued between him and the intruder and during the scuffle the intruder had shot Ms. Reynolds and then escaped. One of the police officers testified that when he reached the house the appellant did not appear significantly drunk. He was seen carrying a child and talking on the phone while pacing. The defence expert said the effect of the shotgun blast could be the equivalent of “a bucket of cold water in the face”.

[9] On further police questioning the following morning, it became obvious that there had not been an intruder and that the appellant had, in fact, shot Ms. Reynolds. He now said that he had hidden the shotgun under his bed and pulled it out that night while he and Ms. Reynolds were talking. He was playing with the gun at the end of the bed while they talked. The gun went off accidentally and shot

marchait [TRADUCTION] « comme une marcheuse olympique » et « à vive allure ». Les deux hommes l’ont suivie d’un « pas rapide », sans toutefois réussir à réduire beaucoup l’écart qui les séparait. L’appelant avait l’air fâché contre M<sup>me</sup> Reynolds parce qu’elle [TRADUCTION] « l’avait laissé comme ça » et, accompagné par M. Deschamps, il l’a poursuivie en disant qu’il [TRADUCTION] « était vraiment fumasse » et qu’il [TRADUCTION] « lui donnerait une volée pour la remettre à sa place ». Madame Reynolds pleurerait. Ils ont poursuivi leur route et se sont arrêtés dans le stationnement d’un Burger King, où un des employés les a vus se disputer à voix haute; il a vu l’appelant saisir le visage de M<sup>me</sup> Reynolds pour le tourner vers lui, mais, a-t-il affirmé, [TRADUCTION] « [c]e n’était ni violent ni agressif. »

[7] Madame Reynolds est arrivée à la maison vers 3 h 30. Elle était en larmes et est allée directement dans la chambre. Selon le témoignage de la gardienne des enfants, l’appelant était [TRADUCTION] « beaucoup plus ivre que lorsqu’il avait quitté ». Au moment de partir, M. Deschamps a dit à l’appelant de [TRADUCTION] « se calmer », ce à quoi celui-ci a répondu [TRADUCTION] « Oui, ça va être tout un spectacle, on va voir arriver la police ».

[8] Vers 4 h 25, la police a reçu un appel au 911 de l’appelant, signalant qu’un intrus était entré dans sa chambre au moment où il se mettait au lit, qu’une bagarre a éclaté entre lui et l’intrus et ce dernier a tiré sur M<sup>me</sup> Reynolds avant de s’enfuir. Un des policiers a témoigné qu’à son arrivée à la maison l’appelant ne lui avait pas paru particulièrement ivre. Il portait un enfant dans ses bras et parlait au téléphone en marchant de long en large. Selon l’expert de la défense, le coup de feu a pu avoir le même effet qu’un [TRADUCTION] « seau d’eau froide en plein visage ».

[9] Par suite de l’interrogatoire plus poussé effectué par la police le lendemain matin, il est devenu évident qu’il n’y avait eu aucun intrus et que l’appelant avait en fait tiré sur M<sup>me</sup> Reynolds. Il a alors dit avoir caché le fusil sous son lit et l’avoir retiré de là cette nuit alors qu’il discutait avec M<sup>me</sup> Reynolds. Il jouait avec le fusil au bout du lit tout en parlant avec elle. Le coup est parti accidentellement et a

her. He was three feet away from her at the time. He described the shooting as “a freak accident” in a statement given to the police and introduced at trial by the Crown:

I remember looking at the wall and holding the gun[,] it was sideways like this in my hands and all of a sudden bang. I looked up cause she made a noise and just the look and expression on her face. And I think she was in her bra. She wasn't in her clothes. . . . Boom. And there was a hole in her. Somewhere on her right side. . . . Like I didn't point the gun at her to kill her. I didn't intentionally go bang you're dead. You know. Like. . . . I slipped on the trigger and shot my girlfriend. Complete hundred percent accident. Like wow. It hit her here like somewhere. Another five inches it probably would have missed her completely. . . . I remember the gun blowing off in my hand. Bang. And I remember the gun was sitting lopsided in my hand. It wasn't aimed. It wasn't pointed. Well it was pointing at her but not intentionally pointing at her. Like I wasn't trying to shoot a gun. . . . I know the alcohol. . . . [d]efinitely took control of me. . . . I was being a fucking retard and trying to scare her or do something really fucking stupid.

After the shooting, the shotgun was found in the backyard of a neighbour, where the appellant had hidden it immediately after the shooting and before the police arrived.

[10] The expert evidence was that at the approximate time of the shooting, around 4:22 a.m., the appellant's blood alcohol level was “in the range of .215”. In the expert's opinion, a blood alcohol reading above .200 “would seriously disrupt brain function and the person would be obviously severely intoxicated”.

[11] Other expert evidence established that the gun barrel was either touching or within approximately one-half centimetre of the victim's skin at the time it was discharged. The pellets found in the victim's body were consistent with the gun being parallel to the body at the time of the discharge.

[12] The appellant was charged with second degree murder under s. 235 *Cr. C.* He was tried by a judge of the Court of Queen's Bench sitting without a jury. The appellant did not testify. The judge acquitted him of murder but convicted him of

atteint M<sup>me</sup> Reynolds. L'appelant se trouvait alors à trois pieds d'elle. Il décrit le coup de feu comme [TRADUCTION] « un accident bizarre » dans une déclaration à la police présentée au procès par le ministère public :

[TRADUCTION] Je me souviens d'avoir regardé le mur et d'avoir tenu le fusil, de côté comme ça dans mes mains, et soudain, bang. J'ai levé la tête parce qu'elle a fait un bruit et juste le regard et l'expression sur son visage. Et je crois qu'elle était en soutien-gorge. Elle n'était pas dans ses vêtements. [ . . . ] Boom. Et là un trou, quelque part sur son côté droit. [ . . . ] Je n'ai pas pointé le fusil vers elle pour la tuer. Je ne me suis pas dit : bang, tu es morte. Vous savez. [ . . . ] Mon doigt a glissé sur la détente et j'ai tué ma petite amie. Un pur accident à 100 p. 100. Wow. Ça l'a atteinte là, quelque part. Un autre cinq pouces et je l'aurais probablement manquée complètement. [ . . . ] Je me rappelle l'explosion du fusil dans ma main. Bang. Et je me rappelle que le fusil reposait de travers dans ma main. Il ne la visait pas. Il n'était pas pointé. En fait, il était pointé vers elle, mais je ne l'ai pas intentionnellement pointé vers elle. Je n'essayais pas de tirer. [ . . . ] Je sais que j'étais vraiment sous l'emprise de l'alcool. [ . . . ] J'ai agi en maudit idiot et j'ai essayé de lui faire peur ou de faire quelque chose de réellement stupide.

On a ensuite retrouvé le fusil dans la cour arrière d'un voisin, là où l'appelant l'avait caché tout de suite après avoir tiré et avant l'arrivée de la police.

[10] Selon la preuve d'expert, à peu près au moment où le coup a été tiré, c'est-à-dire vers 4 h 22, le taux d'alcool dans le sang de l'appelant s'élevait « à environ 0,215 ». De l'avis de l'expert, une alcoolémie supérieure à 0,200 [TRADUCTION] « perturberait sérieusement les fonctions cérébrales et la personne serait de toute évidence complètement ivre ».

[11] Une autre preuve d'expert a établi qu'au moment où le coup est parti le canon du fusil touchait la peau de la victime ou se trouvait à environ un demi centimètre d'elle. Les balles retrouvées dans le corps de la victime indiquaient que le fusil était parallèle au corps à ce moment.

[12] L'appelant a été accusé de meurtre au deuxième degré en vertu de l'art. 235 *C. cr.* Son procès a eu lieu devant un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant sans jury. L'appelant n'a pas témoigné. Le juge l'a acquitté de meurtre, mais l'a

manslaughter. The appellant was sentenced to eight years minus double credit for one and one-quarter years spent on remand, resulting in a sentence of five and a half years.

## II. Judicial History

### A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench (Kovach J.)*, [2004] S.J. No. 850 (QL)

[13] In oral reasons for judgment, the trial judge said he was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was properly identified as the offender, that the Crown had established the time and place of the offence as set out in the indictment, and that the accused caused the death of Ms. Reynolds by his unlawful act. However, the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant either meant to cause Ms. Reynolds' death or meant to cause her bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not (s. 229(a) Cr. C.). He explained his decision on this point as follows (at paras. 49-50):

Although it's not a specific finding of fact, it is my distinct impression that in part due to the effects of alcohol and in part to his personality, at the time of the shooting Walker was engaged in an act of bravado or machismo. He was showing off his latest toy [the shotgun] in an effort to intimidate Ms. Reynolds and impress her with his disappointment at her failure to embrace his desire to engage in a sexual threesome and her gall at walking away from him at the bar.

As disgusting and as utterly contemptuous as I find that conduct to be, it is not and I cannot find it to be tantamount to an intention to kill or an intention to cause bodily harm likely to cause death. And under the circumstances, I find Walker not guilty of murder, but guilty of manslaughter.

### B. *Court of Appeal for Saskatchewan — the Majority — Cameron J.A. (Richards J.A. Concurring)* (2007), 220 C.C.C. (3d) 528, 2007 SKCA 48

[14] Cameron J.A. cited *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, for the proposition that

reconnu coupable d'homicide involontaire coupable. L'appellant a été condamné à huit ans d'emprisonnement, moins le double de la période d'une année et trois mois passée en détention préventive, ce qui donne une peine de cinq ans et demi.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (le juge Kovach)*, [2004] S.J. No. 850 (QL)

[13] Dans ses motifs exposés à l'audience, le juge du procès a dit qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant était correctement désigné comme étant le contrevenant, que le ministère public avait établi l'heure et l'endroit de l'infraction décrite dans l'acte d'accusation et que l'accusé avait causé la mort de M<sup>me</sup> Reynolds par son acte illégal. Il n'était toutefois pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait eu l'intention de causer la mort de M<sup>me</sup> Reynolds ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non (al. 229a) C. cr.). Voici comment il a expliqué sa décision sur ce point (par. 49-50) :

[TRADUCTION] Même s'il ne s'agit pas d'une conclusion de fait précise, j'ai la nette impression que M. Walker, en partie à cause des effets de l'alcool et en partie à cause de sa personnalité, a agi par bravade ou par machisme au moment où il a tiré. Il a brandi son dernier jouet [le fusil] pour tenter d'intimider M<sup>me</sup> Reynolds et de lui montrer sa déception devant son refus de partager son désir de faire l'amour à trois et parce qu'elle avait eu l'effronterie de quitter le bar sans lui.

Aussi répugnante et totalement méprisante que cette conduite puisse me paraître, elle n'équivaut pas, et je ne saurais conclure le contraire, à une intention de tuer ou à une intention de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort. Et dans les circonstances, je déclare M. Walker non pas coupable de meurtre, mais coupable d'homicide involontaire coupable.

### B. *Cour d'appel de la Saskatchewan — juges majoritaires — le juge Cameron (avec l'appui du juge Richards)* (2007), 220 C.C.C. (3d) 528, 2007 SKCA 48

[14] Le juge Cameron a cité *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, à l'appui de la

a trial judge's failure to provide adequate reasons might amount to error of law if the deficiency is incurable by the record and is such as to preclude meaningful appellate review of the correctness of the decision. In his view, the trial reasons for judgment here disclosed the general basis upon which the judge decided to acquit the accused of murder (failure to prove its case beyond a reasonable doubt on *mens rea*) but not the foundation for this conclusion. Specifically, the trial reasons do not disclose whether the acquittal was based on the evidence of the accused's intoxication, or on the evidence of his having accidentally shot the victim, or on some combination of the two. This inadequacy was such as to preclude meaningful appellate review of the correctness of the trial decision. As stated, a new trial was ordered.

### C. *Jackson J.A. (Dissenting)*

[15] In the view of Jackson J.A., this was not a particularly complicated case: it involved a charge of second degree murder and the defences of accident and drunkenness. The law is settled. The trial judge's reasons must be read in light of the straightforward nature of the case. He was not charging a jury and gave an oral decision. What is important is that he clearly concluded that the specific intent for murder had not been made out. Once the defence of accident is set aside, the basis for the verdict is obvious. The reasons are sufficient to permit an assessment of the acquittal based on a defence of intoxication. In her view, the trial reasons reveal no error of law with respect to the defence of intoxication. She would have dismissed the appeal.

### III. Relevant Statutory Provisions

[16] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

thèse selon laquelle le fait que le juge du procès n'a pas fourni de motifs suffisants pourrait équivaloir à une erreur de droit si l'insuffisance ne peut être corrigée par le dossier et qu'elle est de nature à empêcher un examen valable en appel de la justesse de la décision. À son avis, les motifs du jugement de première instance en l'espèce révèlent l'assise générale de la décision du juge d'acquitter l'accusé de meurtre (défaut d'établir la preuve de *mens rea* hors de tout doute raisonnable) mais non le fondement de sa conclusion. Plus particulièrement, ils n'indiquent pas si l'acquiescement était fondé sur la preuve de l'ivresse de l'accusé ou sur la preuve qu'il avait accidentellement tiré sur la victime, ou sur une quelconque combinaison de ces deux éléments. Cette insuffisance était de nature à empêcher un examen valable en appel de la justesse de la décision. Comme je l'ai mentionné, un nouveau procès a été ordonné.

### C. *La juge Jackson (dissidente)*

[15] Selon la juge Jackson, l'affaire n'était pas particulièrement compliquée : il s'agissait d'une accusation de meurtre au deuxième degré et des défenses d'accident et d'ivresse. Le droit est établi. Il faut interpréter les motifs du juge du procès en tenant compte de la simplicité de l'affaire. Le juge du procès ne s'adressait pas à un jury et a rendu sa décision de vive voix. Ce qui importe, c'est qu'il a clairement conclu que l'intention spécifique de commettre un meurtre n'avait pas été établie. Une fois écartée la défense d'accident, le fondement du verdict est évident. Les motifs sont suffisants pour permettre un examen de l'acquiescement fondé sur la défense d'ivresse. Selon la juge Jackson, les motifs de la décision de première instance ne révèlent aucune erreur de droit quant à cette défense. Elle aurait rejeté l'appel.

### III. Dispositions législatives pertinentes

[16] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

- (a) by means of an unlawful act;
- (b) by criminal negligence;

. . .

**229.** Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

- (i) means to cause his death, or
- (ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

. . .

**234.** Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

**236.** Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; . . .

. . .

**676.** (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

#### IV. Analysis

[17] The live issue at trial was whether the Crown established the necessary *mens rea* for murder, that is to say that the appellant meant to cause Ms. Reynolds' death or meant to cause her bodily

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

- a) soit au moyen d'un acte illégal;
- b) soit par négligence criminelle;

. . .

**229.** L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) la personne qui cause la mort d'un être humain :

- (i) ou bien a l'intention de causer sa mort,
- (ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

. . .

**234.** L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

**236.** Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

. . .

**676.** (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel :

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

#### IV. Analyse

[17] La question qui restait à trancher au procès était de savoir si le ministère public avait établi la *mens rea* requise pour le meurtre, c'est-à-dire si l'appelant avait l'intention de causer la mort de

harm that he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not (s. 229(a) Cr. C.).

[18] The Crown says the trial judge's reasons are both inadequate and inscrutable, citing *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27. In its view, the trial judge's reasons are deficient because one cannot tell if the trial judge decided the murder was unproven because he had at least a reasonable doubt that the pulling of the trigger was an accident; or if the appellant did pull the trigger deliberately, he did so without knowing where the gun was aimed; or if he deliberately pointed the gun at his spouse, it went off accidentally; or if he shot deliberately, but with a drunken failure to form the specific intent to kill or cause bodily harm foreseen as likely to cause death, and reckless whether or not death ensues. The judges in the majority and minority in the Saskatchewan Court of Appeal were seemingly agreed that the trial judge had a duty to make it clear whether the acquittal on the murder charge was based on "the evidence of the accused's intoxication, or on the evidence of his having accidentally shot Ms. Reynolds, or on some combination of the two (in the sense intoxication can increase the prospect of accident)" (para. 33). The difference is that the majority thought the reasons unclear on this point whereas the dissenting judge felt able to explain the acquittal on the basis of the intoxication defence.

[19] *Sheppard* recognized a duty to give adequate reasons on a number of broad policy grounds. At the trial level, the reasons justify and explain the result. "Reasons for judgment are the primary mechanism by which judges account to the parties and to the public for the decisions they render" (para. 15). The losing party is entitled to know why he or she has lost. "Informed consideration can be given to grounds for appeal. Interested members of the public can satisfy themselves that justice has been

M<sup>me</sup> Reynolds ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non (al. 229a) C. cr.).

[18] Le ministère public affirme que les motifs du juge du procès sont à la fois déficients et insaisissables, citant ainsi l'arrêt *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27. À son avis, les motifs du juge du procès sont déficients, car nul ne peut dire s'il a conclu que le meurtre n'avait pas été établi parce qu'il avait au moins un doute raisonnable que l'accusé avait appuyé sur la gâchette accidentellement, ou parce que, si l'appelant avait délibérément appuyé sur la gâchette, il l'avait fait sans savoir dans quelle direction l'arme était pointée, ou parce que, s'il avait délibérément pointé l'arme vers sa conjointe, il avait tiré accidentellement, ou parce que, s'il avait tiré délibérément, il était dans un état d'ivresse tel qu'il ne pouvait avoir formé l'intention spécifique de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Les juges majoritaires et le juge minoritaire de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont apparemment convenu que le juge du procès avait l'obligation d'indiquer clairement si l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre était fondé sur [TRADUCTION] « la preuve de l'ivresse de l'accusé ou sur la preuve qu'il avait accidentellement tiré sur M<sup>me</sup> Reynolds, ou sur une quelconque combinaison de ces deux éléments (dans le sens où l'ivresse peut accroître les risques d'accident) » (par. 33). La différence tient à ce que la majorité a jugé que les motifs n'étaient pas clairs sur ce point, alors que la juge dissidente a estimé qu'elle pouvait expliquer l'acquittement sur le fondement de la défense d'ivresse.

[19] Dans *Sheppard*, la Cour a reconnu l'existence d'une obligation de fournir des motifs suffisants compte tenu d'un certain nombre de raisons de principe. En première instance, les motifs justifient et expliquent le résultat. « Les motifs de jugement constituent le principal mécanisme par lequel les juges rendent compte aux parties et à la population des décisions qu'ils prononcent » (par. 15). La partie qui n'a pas gain de cause a le droit de savoir pourquoi elle a perdu. « Un examen éclairé

done, or not, as the case may be” (para. 24). “Trial courts, where the essential findings of facts and drawing of inferences are done, can only be held properly to account if the reasons for their adjudication are transparent and accessible to the public and to the appellate courts” (para. 15). See also *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, and *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at paras. 13, 14, 19 and 62. It is apparent that these considerations apply as much to acquittals as to convictions. Prosecutions call for a great expenditure of public resources, both human and material, and the Crown and the police, no less than the accused and the public generally, have a legitimate interest in knowing the reasons for the unsuccessful outcome.

[20] Equally, however, *Sheppard* holds that “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue. The “trial judge’s duty is satisfied by reasons which are sufficient to serve the purpose for which the duty is imposed, i.e., a decision which, having regard to the particular circumstances of the case, is reasonably intelligible to the parties and provides the basis for meaningful appellate review of the correctness of the trial judge’s decision” (para. 55(8)). Moreover, “[w]here it is plain from the record why an accused has been convicted or acquitted, and the absence or inadequacy of reasons provides no significant impediment to the exercise of the right of appeal, the appeal court will not on that account intervene” (para. 46). The duty to give reasons “should be given a functional and purposeful interpretation” and the failure to live up to the duty does not provide “a free-standing right of appeal” or “in itself confere[r] entitlement to appellate intervention” (para. 53).

des moyens d’appel est alors possible. Les membres du public intéressés peuvent constater que justice a été rendue, ou non, selon le cas » (par. 24). « Les tribunaux de première instance, à qui il revient de tirer les conclusions de fait et les inférences essentielles, ne s’acquittent convenablement de leur obligation de rendre compte que si les motifs de leurs décisions sont transparents et accessibles au public et aux tribunaux d’appel » (par. 15). Voir également *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, et *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 13, 14, 19 et 62. De toute évidence, ces considérations s’appliquent autant aux acquittements qu’aux condamnations. Les poursuites judiciaires occasionnent une dépense importante sur le plan des ressources publiques, tant humaines que matérielles, et le ministère public et la police, tout comme l’accusé et le public en général, ont un intérêt légitime à connaître les motifs d’une conclusion défavorable.

[20] L’arrêt *Sheppard* établit toutefois que « [l]a cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé » (par. 26). Les motifs sont suffisants s’ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l’abstrait, mais d’après la réponse qu’ils apportent aux éléments essentiels du litige. « Le juge de première instance s’acquitte de son obligation lorsque ses motifs sont suffisants pour atteindre l’objectif visé par cette obligation, c’est-à-dire lorsque, compte tenu des circonstances de l’espèce, sa décision est raisonnablement intelligible pour les parties et fournit matière à un examen valable en appel de la justesse de la décision de première instance » (par. 55(8)). De plus, « [l]orsque la raison pour laquelle un accusé a été déclaré coupable ou acquitté ressort clairement du dossier, et que l’absence de motifs ou leur insuffisance ne constitue pas un obstacle important à l’exercice du droit d’appel, le tribunal d’appel n’interviendra pas » (par. 46). L’obligation de fournir des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l’objet » et l’inobservation de cette obligation n’a pas pour effet de créer « un droit d’appel distinct » ou de conférer « en soi le droit à l’intervention d’une cour d’appel » (par. 53).

[21] In this case, the Crown argues that the perceived deficiencies in the trial judge's reasons undermined the exercise of its statutory right of appeal. However, the Crown's argument must be assessed in light of the Crown's limited right of appeal from an acquittal ("a question of law alone" (s. 676(1)(a) *Cr. C.*)) in contrast to the broader right of appeal given by Parliament to an accused from a conviction. In particular, the Crown has no right to appeal what it regards as an "unreasonable acquittal": *R. v. Kent*, [1994] 3 S.C.R. 133; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 33.

[22] A major difference between the position of the Crown and the accused in a criminal trial, of course, is that the accused benefits from the presumption of innocence. The intervener Attorney General of Ontario argues that "[t]he fact that the accused is presumed innocent doesn't derogate in any way from the judge's duty to correctly apply all applicable legal principles" (Factum, at para. 7). This is true, so far as it goes, but whereas a conviction requires the prosecution to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt, no such requirement applies to an acquittal which, unlike a conviction, can rest simply on the *absence* of proof. The trial judge may just conclude that one or more of the elements of the offence was "not proven" to the criminal standard. This difference does not excuse a trial judge from failure to provide intelligible reasons for an acquittal, but it necessarily informs an assessment of whether the reasons are so deficient as to preclude effective appellate review.

[23] In my view, with respect, the trial judge's reasons in this case adequately explained his reasons for the acquittal on the second degree murder charge. The Crown had proven culpable homicide beyond a reasonable doubt (s. 222(5) *Cr. C.*). This finding laid the foundation for the manslaughter conviction. The remaining issue was whether the Crown had also proven the requisite *mens rea* for murder, i.e., that the appellant *intended* to cause the

[21] Le ministère public soutient en l'espèce que les lacunes apparentes des motifs du juge du procès compromettent l'exercice du droit d'appel que lui confère la loi. Or, cet argument doit être apprécié en fonction de son droit limité d'interjeter appel d'un acquittement (« une question de droit seulement » (al. 676(1)a) *C. cr.*) par opposition au droit d'appel général accordé par le législateur à l'accusé qui a été reconnu coupable. En particulier, le ministère public n'a aucun droit d'interjeter appel de ce qu'il estime être « acquittement déraisonnable » : *R. c. Kent*, [1994] 3 R.C.S. 133; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 33.

[22] La différence majeure entre la position du ministère public et celle de l'accusé dans un procès criminel tient à ce que, bien sûr, l'accusé jouit de la présomption d'innocence. L'intervenant, le procureur général de l'Ontario, fait valoir que [TRADUCTION] « [l]e fait que l'accusé soit présumé innocent ne change absolument rien à l'obligation qu'a le juge d'appliquer correctement tous les principes juridiques applicables » (mémoire, par. 7). Cela est vrai, mais tandis que l'accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite établit chacun des éléments factuels de l'infraction au-delà de tout doute raisonnable, cette exigence ne s'applique pas à un acquittement qui, contrairement à une condamnation, peut reposer simplement sur l'*absence* de preuve. Le juge du procès peut juste conclure qu'un ou plusieurs des éléments de l'infraction n'ont « pas été établis » selon la norme criminelle. Cette différence ne dispense pas le juge du procès de motiver l'acquittement de façon intelligible, mais elle est nécessairement pertinente pour déterminer si les motifs sont lacunaires au point d'empêcher un examen valable en appel.

[23] Soit dit en tout respect, les motifs du juge du procès en l'espèce expliquent adéquatement les raisons de l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré. Le ministère public avait prouvé l'homicide coupable hors de tout doute raisonnable (par. 222(5) *C. cr.*). Cette conclusion posait le fondement nécessaire à la condamnation pour homicide involontaire coupable. Il restait à déterminer si le ministère public avait également



death of his spouse, or to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death, and was reckless whether death ensued or not (s. 229(a) Cr. C.).

[24] The Crown argues that at a minimum the trial judge was required to indicate whether his reasonable doubt on murder *mens rea* was due to intoxication, accident, or a combination of the two. In my view, with due respect for the divergent views of the judges of the Saskatchewan Court of Appeal, the reasons of the trial judge on this point are intelligible when assessed in terms of their appellate purpose. The trial judge reasoned that the culpable homicide resulted from an accident fuelled by alcohol or what Cameron J.A. described as “some combination of the two (in the sense intoxication can increase the prospect of accident)” (para. 33). The trial judge did not find that the consumption of alcohol prevented the appellant from forming the requisite intent for murder. Rather, he concluded (admittedly using a curious turn of phrase):

Although it’s not a specific finding of fact, it is my distinct impression that in part due to the effects of alcohol and in part to his personality, at the time of the shooting Walker was engaged in an act of bravado or machismo. He was showing off his latest toy in an effort to intimidate Ms. Reynolds and impress her with his disappointment at her failure to embrace his desire to engage in a sexual threesome and her gall at walking away from him at the bar. [Emphasis added; para. 49.]

[25] The intervener Attorney General of Ontario relies on the majority judgment in *R. v. Kendall* (2005), 198 C.C.C. (3d) 205 (Ont. C.A.), for the proposition that, to acquit, the trial judge must “make ‘findings’ in [the accused’s] favour” (Factum, at para. 9). It is difficult to see any parallel with *Kendall* where the entire reasons consisted of two sentences:

Shannon Kendall pleaded not guilty to impaired driving, and driving with over 80 milligrams of alcohol

établi la *mens rea* requise pour le meurtre, c’est-à-dire si l’appelant *a eu l’intention* de causer la mort de sa conjointe, ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non (al. 229a) C. cr.).

[24] Le ministère public soutient que le juge du procès devait au moins indiquer si le doute raisonnable qu’il avait quant à la *mens rea* requise pour le meurtre reposait sur l’ivresse, l’accident, ou une combinaison de ces deux éléments. Soit dit en tout respect pour l’opinion contraire des juges de la Cour d’appel de la Saskatchewan, les motifs du juge du procès à cet égard sont intelligibles lorsqu’ils sont appréciés pour les besoins d’un examen en appel. On constate que le juge du procès a conclu que l’homicide coupable résultait d’un accident attribuable à l’alcool, ou de ce que le juge Cameron a décrit comme [TRADUCTION] « une quelconque combinaison de ces deux éléments (en ce sens que l’ivresse peut accroître les risques d’accident) » (par. 33). Le juge du procès n’a pas conclu que la consommation d’alcool avait empêché l’appelant de former l’intention requise pour le meurtre. Il a plutôt conclu (certes, en des termes curieux) :

[TRADUCTION] Même s’il ne s’agit pas d’une conclusion de fait précise, j’ai la nette impression que M. Walker, en partie à cause des effets de l’alcool et en partie à cause de sa personnalité, a agi par bravade ou par machisme au moment où il a tiré. Il a brandi son dernier jouet pour tenter d’intimider M<sup>me</sup> Reynolds et de lui montrer sa déception devant son refus de partager son désir de faire l’amour à trois et parce qu’elle avait eu l’effronterie de quitter le bar sans lui. [Je souligne; par. 49.]

[25] L’intervenant, le procureur général de l’Ontario, invoque l’arrêt majoritaire *R. c. Kendall* (2005), 198 C.C.C. (3d) 205 (C.A. Ont.), à l’appui de la thèse selon laquelle, pour prononcer un acquittement, le juge du procès [TRADUCTION] « doit tirer des “conclusions de fait” en faveur de [l’accusé] » (mémoire, par. 9). Il est difficile de voir un quelconque parallèle avec l’arrêt *Kendall*, où l’intégralité des motifs tient en deux phrases :

[TRADUCTION] Shannon Kendall a plaidé non coupable à l’accusation de conduite avec facultés affaiblies et à

in 100 millilitres of blood on the 10th of May, 2002. I agree with and adopt the submissions made on behalf of the accused, and there will be an acquittal on both counts. [para. 3]

[26] Here the trial judge stated, somewhat enigmatically it is true, that his “distinct impression” was *not* a “finding”, but he nevertheless put it forward as the explanation for the conclusion that follows immediately thereafter, as stated:

As disgusting and as utterly contemptuous as I find that conduct to be, it is not and I cannot find it to be tantamount to an intention to kill or an intention to cause bodily harm likely to cause death. And under the circumstances, I find Walker not guilty of murder, but guilty of manslaughter. [para. 50]

The trial judge’s “distinct impression” was well supported by the evidence. (The Crown objects that the appellant’s explanation set out in the trial judgment was unsworn. However, it was contained in a statement to police filed as evidence as part of the Crown’s case.) The shooting, the trial judge found, was only “in part due to the effects of alcohol”. The conduct of the appellant on the night in question, both before and after the shooting, undermines any intoxication defence. The trial judge recites the relative level of coherence in the appellant’s interaction with Mr. Deschamps and Ms. Reynolds on the way home, including his words to his friend prior to the shooting (“it’ll be a show, the police will show up”), the 911 call immediately following the shooting and the appellant’s manipulative construction thereafter of inconsistent but self-serving lies, and his presence of mind to immediately hide the gun and his other behaviour after the shooting in pacing the room while carrying a child, speaking on the phone, and carrying on a conversation with the police. Instead, the effect of alcohol was a destabilizing factor that turned a “machismo” attempt to “intimidate” and “impress” Ms. Reynolds into a tragedy that the trial judge was unable to find was intended to “kill or . . . to cause bodily harm likely to cause death”. In my view, on a fair reading of the trial judge’s reasons as a whole, his reasonable

l’accusation d’avoir conduit un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d’alcool par 100 ml de sang, le 10 mai 2002. Je souscris aux observations formulées pour le compte de l’accusée et acquitte cette dernière des deux accusations. [par. 3]

[26] En l’espèce, le juge du procès a déclaré, de façon quelque peu énigmatique il est vrai, que sa « nette impression » *n’était pas* une « conclusion de fait », mais il l’a néanmoins présentée comme étant l’explication de la conclusion à laquelle il arrive tout de suite après :

[TRADUCTION] Aussi répugnante et totalement méprisante que cette conduite puisse me paraître, elle n’équivaut pas, et je ne saurais conclure le contraire, à une intention de tuer ou à une intention de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort. Et dans les circonstances, je déclare M. Walker non pas coupable de meurtre, mais coupable d’homicide involontaire coupable. [par. 50]

La « nette impression » du juge du procès était bien étayée par la preuve. (Le ministère public conteste que l’explication de l’appelant qui figure dans le jugement de première instance n’ait pas été faite sous serment. Elle se trouve toutefois dans une déclaration faite à la police qui a été versée en preuve par le ministère public.) Le coup de feu a été tiré, a conclu le juge du procès, [TRADUCTION] « en partie à cause des effets de l’alcool ». Le comportement de l’appelant la nuit en question, avant et après le coup de feu, compromet toute défense d’ivresse. Le juge du procès a mentionné le niveau relatif de cohérence que l’appelant a démontré dans son interaction avec M. Deschamps et M<sup>me</sup> Reynolds sur le chemin du retour, notamment ce qu’il a dit à son ami avant le coup de feu ([TRADUCTION] « ça va être tout un spectacle, on va voir arriver la police »), l’appel au 911 immédiatement après le coup de feu et, par la suite, la fabrication manipulatrice de mensonges incohérents mais intéressés, la présence d’esprit dont il a fait preuve en cachant le fusil immédiatement et son autre comportement après le coup de feu, alors qu’il marchait de long en large dans la pièce avec un enfant dans les bras, parlait au téléphone et avait une conversation avec la police. Au contraire, l’effet de l’alcool a constitué un facteur destabilisant qui a transformé une tentative « machiste » d’intimider et d’impressionner

doubt as to intent was raised by what he considered to be the real possibility that the shooting was the result of an accident in which the appellant's alcohol consumption played a significant role. I agree with Sharpe J.A., dissenting in the result in *Kendall*, when he stated that:

A reasonable doubt need not rest upon the same sort of foundation of factual findings that is required to support a conviction. A reasonable doubt arises where an inadequate foundation has been laid. [para. 98]

[27] *Sheppard* states that “[w]here it is plain from the record why an accused has been convicted or acquitted, and the absence or inadequacy of reasons provides no significant impediment to the exercise of the right of appeal, the appeal court will not on that account intervene” (para. 46). While the trial judge's reasons, delivered orally, fell well short of the ideal, that is not the applicable standard. They were not so inadequate that the Crown's limited right of appeal was impaired. There was thus no error of law and no basis on which the Crown could properly succeed in bringing itself within the limited Crown appeal provisions of s. 676(1)(a) of the *Cr. C.*

#### V. Disposition

[28] The appeal is allowed. The decision of the Saskatchewan Court of Appeal is set aside, and the acquittal on the murder charge is restored. The conviction on the charge of manslaughter was not appealed and is maintained.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Saskatchewan Legal Aid Commission, Moose Jaw.*

M<sup>me</sup> Reynolds en une tragédie que le juge du procès n'a pas été en mesure de considérer qu'elle procédait d'une intention de [TRADUCTION] « tuer ou [. . .] de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort ». Une interprétation objective de l'ensemble des motifs du juge du procès m'amène à conclure que le doute raisonnable qu'il a eu quant à l'intention vient de ce qu'il a estimé être la possibilité réelle que le coup de feu ait résulté d'un accident où la consommation d'alcool a joué un rôle important. Je souscris aux propos suivants du juge Sharpe, dissident quant au résultat dans *Kendall* :

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que le doute raisonnable repose sur des conclusions factuelles du même type que celles qui sont requises pour étayer une déclaration de culpabilité. Le doute raisonnable naît lorsque le fondement adéquat fait défaut. [par. 98]

[27] Selon *Sheppard*, « [l]orsque la raison pour laquelle un accusé a été déclaré coupable ou acquitté ressort clairement du dossier, et que l'absence de motifs ou leur insuffisance ne constitue pas un obstacle important à l'exercice du droit d'appel, le tribunal d'appel n'interviendra pas » (par. 46). Bien que les motifs du juge du procès, prononcés oralement, soient loin de la perfection, il ne s'agit pas là du critère applicable. Ils n'étaient pas insuffisants au point de porter atteinte au droit d'appel limité du ministère public. Il n'existait donc aucune erreur de droit ni aucun motif sur lequel le ministère public aurait pu s'appuyer pour invoquer avec succès les dispositions de l'al. 676(1)a) *C. cr.* relatives à son droit d'appel limité.

#### V. Dispositif

[28] Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan est annulée et l'acquittal à l'égard de l'accusation de meurtre est rétabli. La déclaration de culpabilité quant à l'accusation d'homicide involontaire coupable n'a pas été portée en appel et est maintenue.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Saskatchewan Legal Aid Commission, Moose Jaw.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de  
la Saskatchewan, Regina.*

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

*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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2008 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2008 Vol. 2**

**Cited as [2008] 2 S.C.R. 263-549**

**Renvoi [2008] 2 R.C.S. 263-549**

---





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

ANNE ROLAND  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENDEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratives  
LILI-ANNE MCGRAW  
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

### **Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) ..... 326**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Procedural fairness — Disclosure of evidence — Review of reasonableness of security certificate — Late disclosure of summary of interviews of named person with CSIS officers — Complete notes of interviews destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Scope of duty to retain and disclose information in possession of CSIS about person named in certificate — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.

Immigration law — Inadmissibility and removal — Security certificate — Evidence obtained subsequent to initial decision to issue security certificate — Whether new evidence admissible at any stage of judicial review of security certificate and detention — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 78.

### **Honda Canada Inc. v. Keays ..... 362**

Employment law — Wrongful dismissal — Notice period — Employee terminated after 14 years of employment — Factors determining reasonable notice of termination of employment — Whether employee's position in company hierarchy relevant factor — Whether 15-month notice period reasonable.

Damages — Aggravated damages — Punitive damages — Wrongful dismissal — Employee diagnosed with chronic fatigue syndrome — Employer concerned about employee's numerous absences and about his doctor's notes to cover absences, which provided only limited information — Employee dismissed after refusing to meet with employer's doctor — Circumstances in which aggravated damages resulting from manner of dismissal should be awarded — Whether employee entitled to aggravated and punitive damages.

Civil procedure — Costs — Costs premium — Whether costs premium should be awarded — Whether costs should be awarded on substantial indemnity scale.

### **R. v. Blackman ..... 298**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled approach to hearsay rule — Victim making statements to his mother in weeks leading up to his death which provided support for Crown's theory at trial that accused had motive to kill him — Trial judge admitting victim's out-of-court statements under principled approach to hearsay — Accused convicted of first-degree murder — Whether out-of-court statements should have been admitted.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ..... 326**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Équité procédurale — Divulgence de la preuve — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Sommaire d'entrevues de la personne visée avec les agents du SCRS communiqué tardivement — Notes complètes des entrevues détruites conformément à la politique interne du SCRS — Portée de l'obligation de conservation et de communication de l'information détenue par le SCRS au sujet de la personne visée par le certificat — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Certificat de sécurité — Éléments de preuve postérieurs à la décision initiale de délivrer un certificat de sécurité — Des preuves nouvelles sont-elles recevables à toute étape du contrôle judiciaire du certificat de sécurité et de la détention? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78.

### **Honda Canada Inc. c. Keays ..... 362**

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Préavis — Employé congédié après 14 années de service — Facteurs jouant dans la détermination d'un avis raisonnable de cessation d'emploi — Le niveau hiérarchique de l'employé au sein de l'entreprise doit-il être pris en compte? — Un préavis de 15 mois était-il raisonnable?

Domages-intérêts — Domages-intérêts majorés — Domages-intérêts punitifs — Congédiement injustifié — Employé atteint du syndrome de la fatigue chronique — Employeur rendu soupçonneux par les nombreuses absences de l'employé et par le peu d'information contenue dans les billets du médecin présentés pour justifier celles-ci — Congédiement par suite du refus de l'employé de rencontrer le médecin de l'entreprise — Cas dans lesquels des dommages-intérêts majorés devraient être accordés en raison des circonstances du congédiement — L'employé avait-il droit à des dommages-intérêts majorés et à des dommages-intérêts punitifs?

Procédure civile — Dépens — Prime — Y a-t-il lieu d'accorder une prime? — Les dépens devraient-ils être adjugés sur la base d'une indemnisation substantielle?

### **R. c. Blackman ..... 298**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Approche raisonnée de la règle du ouï-dire — Déclarations faites par la victime à sa mère dans les semaines précédant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Devine ..... 283**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled exception to hearsay rule — Witness at trial recanting earlier out-of-court statement identifying accused — Trial judge admitting out-of-court statement under principled exception to hearsay rule — Whether statement should have been admitted.

### **R. v. Kapp ..... 483**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Affirmative action programs — Relationship between s. 15(1) and s. 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ambit and operation of s. 15(2) — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether program protected by s. 15(2) of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Aboriginal rights and freedoms not affected by Charter — Right to equality — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether s. 25 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to insulate program from discrimination charge.

Fisheries — Commercial fishery — Aboriginal Fisheries Strategy — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether licence constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

### **Stein v. Stein ..... 263**

Family law — Divorce — Family assets — Division of contingent liability — Whether British Columbia Family Relations Act precludes division between spouses of contingent family liabilities which cannot be valued at time of trial — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56, 65, 66.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sa mort venant appuyer la théorie du ministère public au procès selon laquelle l'accusé avait un mobile pour tuer la victime — Admission par le juge du procès des déclarations extrajudiciaires de la victime selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Les déclarations extrajudiciaires auraient-elles dû être admises?

### **R. c. Devine ..... 283**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Un témoin se rétracte au procès d'une déclaration extrajudiciaire identifiant l'accusé — Le juge du procès admet la déclaration extrajudiciaire en preuve en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Fallait-il admettre la déclaration en preuve?

### **R. c. Kapp ..... 483**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes de promotion sociale — Lien entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Portée et application de l'art. 15(2) — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le programme en cause est-il protégé par l'art. 15(2) de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Maintien des droits et libertés des Autochtones — Droit à l'égalité — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — L'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés soustrait-il le programme en cause à l'accusation de discrimination?

Pêche — Pêche commerciale — Stratégie relative aux pêches autochtones — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **WIC Radio Ltd. v. Simpson ..... 420**

Torts — Defamation — Defence of fair comment — Elements of defence — Role of honest belief in test for defence — Radio talk show host defaming social activist opposed to positive portrayals of gay lifestyle — Talk show host making comparisons to Hitler, Ku Klux Klan and skinheads — Comparisons implying activist would condone violence toward gay people — Whether fair comment defence available.

## SOMMAIRE (Fin)

période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le permis était-il conforme à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

### **Stein c. Stein ..... 263**

Droit de la famille — Divorce — Biens familiaux — Partage d'une dette éventuelle — La Family Relations Act de la Colombie-Britannique empêche-t-elle le partage entre les conjoints de dettes familiales éventuelles dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56, 65, 66.

### **WIC Radio Ltd. c. Simpson ..... 420**

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Défense de commentaire loyal — Éléments de défense — Rôle de la croyance honnête dans le critère d'application du moyen de défense — Animateur d'une émission de radio diffamant une activiste sociale qui s'élevait contre les présentations positives de l'homosexualité — Animateur d'une émission-débat faisant des comparaisons à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads — Comparaisons laissant entendre que l'activiste tolérerait la violence contre les homosexuels — Peut-on invoquer la défense de commentaire loyal?

**Wayne Stein** *Appellant*

v.

**Malka Stein** *Respondent*

**INDEXED AS: STEIN v. STEIN**

**Neutral citation: 2008 SCC 35.**

File No.: 31704.

2008: February 1; 2008: June 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Family law — Divorce — Family assets — Division of contingent liability — Whether British Columbia Family Relations Act precludes division between spouses of contingent family liabilities which cannot be valued at time of trial — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56, 65, 66.*

The husband and wife separated in 2003 after 12 years of marriage during which the wife remained home to care for the parties' two children. In the ensuing divorce action, family assets worth \$1.7 million were divided equally, and the wife was awarded support based on the husband's income of over \$200,000 per annum. The trial judge also ordered that the husband's contingent tax liabilities associated with his tax shelters, the extent and timing of which are unknown, should be shared equally by the spouses on an "if and when" basis, since they both benefited from them. The Court of Appeal set aside this order on the ground that the British Columbia *Family Relations Act* ("FRA") precluded the creation of a freestanding order apportioning debt between the spouses, and ordered that the husband would be solely responsible for the contingent liability.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish and Rothstein JJ.: The fact that a

**Wayne Stein** *Appellant*

c.

**Malka Stein** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : STEIN c. STEIN**

**Référence neutre : 2008 CSC 35.**

N° du greffe : 31704.

2008 : 1<sup>er</sup> février; 2008 : 12 juin.

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

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

*Droit de la famille — Divorce — Biens familiaux — Partage d'une dette éventuelle — La Family Relations Act de la Colombie-Britannique empêche-t-elle le partage entre les conjoints de dettes familiales éventuelles dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56, 65, 66.*

Les conjoints se sont séparés en 2003 après 12 ans de mariage au cours desquels l'épouse est demeurée au foyer pour s'occuper des deux enfants du couple. Au moment de l'action en divorce, les biens familiaux d'une valeur de 1,7 million de dollars ont été partagés en parts égales et l'épouse a obtenu une pension alimentaire fondée sur le revenu de l'époux qui dépassait 200 000 \$ par année. Le juge de première instance a aussi ordonné que les dettes fiscales éventuelles relatives aux abris fiscaux de l'époux, dont on ne sait ni quand elles deviendront exigibles, ni quel en sera le montant, soient partagées en parts égales entre les conjoints sur une base « conditionnelle », parce qu'ils avaient tous deux profité de ces abris. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance au motif que la *Family Relations Act* ("FRA") de la Colombie-Britannique empêchait la création d'une ordonnance distincte partageant une dette entre les conjoints et ordonné que l'époux seul soit responsable de la dette éventuelle.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Rothstein : Le fait qu'une

reapportionment will occur at some stage in the future, after the liability has crystallized, does not necessarily involve the creation of a “freestanding order”, nor does it violate a plain reading of the *FRA*. Nothing in the *FRA* precludes an order dividing between spouses a contingent liability which cannot be valued at the time of trial. Although it is clear that debt is not to be divided between spouses, the *FRA* places no temporal limits on a division of assets, and once subject to an initial division, s. 66 allows a court to make orders requiring a spouse to “pay compensation” to the other spouse “for the purpose of adjusting the division” of assets at any time. Further, while s. 65 permits a court to vary the presumptive 50 percent asset division where it would be “unfair”, having regard to the factors enumerated in s. 65(1), including the “liabilities of a spouse”, none of the other factors militate in this case in favour of requiring only one of these parties to bear responsibility for those liabilities. Moreover, fairness requires that both assets and debts, even those that cannot be precisely valued at the time of separation, be considered upon the breakdown of a marriage, in recognition that spouses jointly contribute to not only the accumulation of assets, but also to debts incurred for family-related costs. Since the trial judge found that both parties obtained significant assets and were financially stable after the division of assets, and that the wife would soon be self-sufficient, fairness requires both spouses to assume responsibility for contingent liabilities associated with tax shelters from which they have each derived benefit, notwithstanding that the husband may be better positioned to remain economically independent in the event that the taxes become payable. However, in the event that the impact of the future liability on one of the parties results in an unfairness, that individual may apply to the court for adjustments. [5-6] [10-12] [17] [20]

*Per Abella J. (dissenting):* The trial judge’s order is a freestanding obligation, if and when it becomes due, inappropriately made outside and subsequent to the division of assets. It is manifestly unfair to the wife within the meaning of s. 65 of the *FRA*, since it disregards the dramatic disparity in the financial circumstances, sophistication, and experience of the spouse. The trial judge failed to take account of the economic consequences of the division of labour in the parties’ household, including the wife’s absence from the paid workforce for 12 years, as required by the *FRA*. Further, he failed to recognize that despite having retrained as a film animator following separation, her prospects were far from certain. In contrast, the husband’s ample

redistribution survienne un jour, une fois la dette cristallisée, n’emporte pas nécessairement la création d’une « ordonnance créant une obligation distincte » et n’est pas contraire au sens ordinaire des dispositions de la *FRA*. Aucune disposition de la *FRA* ne fait obstacle à une ordonnance qui partage, entre les conjoints, une dette éventuelle dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès. Bien qu’il soit clair que les dettes ne doivent pas être réparties entre les conjoints, la *FRA* ne fixe pas de limites temporelles au partage des biens et, après le partage initial des biens, l’art. 66 permet à un tribunal d’ordonner à l’un des conjoints « d’indemniser l’autre [. . .] afin d’équilibrer le partage » à quelque moment que ce soit. De plus, bien que l’art. 65 autorise le tribunal à répartir les biens autrement qu’en parts égales lorsqu’un tel partage serait « inéquitable » compte tenu des facteurs énumérés au par. 65(1), et notamment des « obligations d’un conjoint », aucun des autres facteurs ne milite en faveur de l’imposition du fardeau de ces dettes à une seule des parties en l’espèce. En outre, l’équité exige qu’il soit tenu compte à la fois de l’actif et des dettes lors de la rupture du mariage — même lorsqu’on ne peut en établir la valeur avec précision au moment de la séparation — en reconnaissance du fait que les conjoints contribuent tous deux non seulement à l’acquisition des biens, mais aussi à l’endettement lié aux dépenses de la famille. Le juge de première instance ayant conclu que les deux parties avaient obtenu des biens importants et étaient stables financièrement après le partage, et que l’épouse deviendrait autonome dans un proche avenir, l’équité exige que les deux conjoints assument la responsabilité des dettes éventuelles liées aux abris fiscaux dont ils ont tous les deux tiré avantage, malgré que l’époux soit davantage en mesure de demeurer financièrement autonome dans l’éventualité où la dette fiscale deviendrait exigible. Toutefois, si l’incidence de l’obligation éventuelle sur l’une des parties entraînait un résultat inéquitable, il lui serait loisible de s’adresser au tribunal pour obtenir des rajustements. [5-6] [10-12] [17] [20]

*La juge Abella (dissidente) :* L’ordonnance du juge de première instance crée à tort une obligation distincte, conditionnelle, étrangère et postérieure au partage des biens. Elle est manifestement inéquitable envers l’épouse au sens de l’art. 65 de la *FRA*, car elle ne tient pas compte des différences considérables entre la situation financière, le savoir et l’expérience de chaque conjoint. Le juge de première instance n’a pas tenu compte, comme la *FRA* l’exige pourtant, des conséquences économiques des choix faits par les conjoints quant à la répartition des responsabilités familiales, et notamment du fait que l’épouse s’est retirée du marché du travail rémunéré pendant 12 ans. Il n’a pas non plus reconnu que, malgré qu’elle se soit recyclée comme animatrice pour

earnings, financial capacity, and business experience placed him in a far better position than the wife to accommodate a potential tax liability. Courts should strive to avoid undermining the goal of attempting to preserve an economic equilibrium between the resulting households. Here, the equal application of a potentially substantial contingent tax burden creates a genuine risk that the wife's and the children's standard of living will be significantly lower than that of the husband and unfairly interferes with her ability to make personal and financial decisions for herself and the children with a sufficient degree of certainty and security. [22-23] [25-30] [32-36]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Referred to:** *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Mallen v. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241; *Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337; *Grove v. Grove*, [1996] B.C.J. No. 658 (QL); *Webb v. Webb* (1994), 135 N.S.R. (2d) 161.

By Abella J. (dissenting)

*Danish v. Danish* (1981), 33 B.C.L.R. 176; *Tearle v. Tearle*, [1985] B.C.J. No. 1241 (QL); *Moore v. Moore*, [1988] B.C.J. No. 740 (QL); *Mallen v. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241; *McAlister v. McAlister*, [1996] B.C.J. No. 150 (QL); *D.G.A. v. K.J.A.*, [2003] B.C.J. No. 2711 (QL), 2003 BCSC 1736; *G. (J.S.) v. G. (A.G.)* (2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868.

### Statutes and Regulations Cited

*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56(1), (2), 65(1), 66(1), (2).

### Authors Cited

Thompson, D. A. Rollie. "Rules and Rulelessness in Family Law: Recent Developments, Judicial and Legislative" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 25.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Levine and Thackray J.J.A.), [2006] 11 W.W.R. 119, 230

le cinéma après la séparation, son avenir professionnel était loin d'être assuré. En revanche, grâce à son revenu confortable, à sa capacité financière et à son expérience en affaires, l'époux était nettement mieux placé pour réagir à la survenance éventuelle d'une dette fiscale. Les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de miner l'objectif qui consiste à maintenir un équilibre économique entre les deux ménages issus de l'ancien. Il s'agit ici d'un cas où l'imposition en parts égales d'un important fardeau fiscal éventuel crée un risque réel que le niveau de vie de l'épouse et celui des enfants soient considérablement moins élevés que celui de l'époux et compromet inégalement la capacité de l'épouse de prendre des décisions personnelles et financières pour elle et les enfants avec un degré acceptable de certitude et de sûreté. [22-23] [25-30] [32-36]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Mallen c. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241; *Rutherford c. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337; *Grove c. Grove*, [1996] B.C.J. No. 658 (QL); *Webb c. Webb* (1994), 135 N.S.R. (2d) 161.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Danish c. Danish* (1981), 33 B.C.L.R. 176; *Tearle c. Tearle*, [1985] B.C.J. No. 1241 (QL); *Moore c. Moore*, [1988] B.C.J. No. 740 (QL); *Mallen c. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241; *McAlister c. McAlister*, [1996] B.C.J. No. 150 (QL); *D.G.A. c. K.J.A.*, [2003] B.C.J. No. 2711 (QL), 2003 BCSC 1736; *G. (J.S.) c. G. (A.G.)* (2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868.

### Lois et règlements cités

*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56(1), (2), 65(1), 66(1), (2).

### Doctrine citée

Thompson, D. A. Rollie. « Rules and Rulelessness in Family Law : Recent Developments, Judicial and Legislative » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 25.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Levine et Thackray), [2006] 11 W.W.R. 119, 230

B.C.A.C. 100, 380 W.A.C. 100, 56 B.C.L.R. (4th) 245, 36 R.F.L. (6th) 13, [2006] B.C.J. No. 2020 (QL), 2006 CarswellBC 2214, 2006 BCCA 391, setting aside, in part, the decision of Romilly J., [2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 CarswellBC 1535, 2005 BCSC 939. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

*Georgiale A. Lang and Benjamin J. Ingram*, for the appellant.

*Susan G. Label and Marie-France Major*, for the respondent.

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

[1] BASTARACHE J. — This appeal raises a question of statutory interpretation. In particular, the Court is required to determine whether the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (“*FRA*”), precludes an order dividing between divorcing spouses a contingent liability which cannot be valued at the time of trial. The relevant provisions of the *FRA* are as follows:

56 (1) Subject to this Part and Part 6, each spouse is entitled to an interest in each family asset on or after March 31, 1979 when

(c) an order for dissolution of marriage or judicial separation . . .

respecting the marriage is first made.

(2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant in common.

65 (1) If the provisions for division of property between spouses under section 56, Part 6 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

B.C.A.C. 100, 380 W.A.C. 100, 56 B.C.L.R. (4th) 245, 36 R.F.L. (6th) 13, [2006] B.C.J. No. 2020 (QL), 2006 CarswellBC 2214, 2006 BCCA 391, qui a infirmé en partie une décision du juge Romilly, [2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 CarswellBC 1535, 2005 BCSC 939. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

*Georgiale A. Lang et Benjamin J. Ingram*, pour l'appellant.

*Susan G. Label et Marie-France Major*, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE BASTARACHE — Le pourvoi soulève une question d'interprétation législative. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (« *FRA* »), empêche le prononcé d'une ordonnance partageant entre les conjoints, lors du divorce, une dette éventuelle dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès. Voici les dispositions pertinentes de la *FRA* :

[TRADUCTION]

56 (1) Sous réserve de la présente partie et de la partie 6, à compter du 31 mars 1979, chaque conjoint a droit à un intérêt dans chaque bien familial lorsque intervient pour la première fois

(c) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire.

(2) L'intérêt visé au paragraphe (1) correspond à une moitié indivise des biens familiaux détenue en tenance commune.

65 (1) Lorsque le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 56, à la partie 6 ou à leur contrat de mariage, selon le cas, serait inéquitable compte tenu



- (a) the duration of the marriage,
- (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart,
- (c) the date when property was acquired or disposed of,
- (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift,
- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 56, Part 6 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court.

- a) de la durée du mariage,
- b) de la durée de la séparation de fait,
- c) de la date d'acquisition ou d'aliénation d'un bien,
- d) de la mesure dans laquelle un bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation,
- e) des besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement,
- f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou obligations d'un conjoint,

la Cour suprême peut, sur demande, ordonner le partage des biens visés à l'article 56, à la partie 6 ou au contrat de mariage, selon le cas, dans les proportions qu'elle fixe.

66 (1) In proceedings under this Part or Part 6 or on application, the Supreme Court may determine any matter respecting the ownership, right of possession or division of property under this Part, including the vesting of property under section 65, or under Part 6 and may make orders that are necessary, reasonable or ancillary to give effect to the determination.

(2) Without limiting subsection (1), the court may do one or more of the following in an order under this section:

- (a) declare the ownership of or right of possession to property;
- (b) order that, on a division of property, title to a specified property granted to a spouse be transferred to, or held in trust for, or vested in the spouse either absolutely, for life or for a term of years;
- (c) order a spouse to pay compensation to the other spouse if property has been disposed of, or for the purpose of adjusting the division;

66 (1) Dans une instance engagée en application de la présente partie ou de la partie 6, ou sur demande, la Cour suprême peut statuer sur toute question concernant le droit de propriété, le droit de possession ou le partage d'un bien régi soit par la présente partie, y compris sur la dévolution d'un bien en vertu de l'article 65, soit par la partie 6, et elle peut rendre les ordonnances nécessaires, raisonnables ou accessoires pour donner effet à sa décision.

(2) Dans une ordonnance rendue en vertu du présent article, la Cour peut, sans préjudice du paragraphe (1), prendre une ou plusieurs des mesures suivantes :

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner que, lors d'un partage, le titre de propriété d'un bien déterminé, octroyé à un conjoint, lui soit transféré, soit placé en fiducie à son bénéfice ou lui soit dévolu, sans réserve, sa vie durant ou pour une durée déterminée;
- c) ordonner à l'un des conjoints d'indemniser l'autre par suite de l'aliénation d'un bien ou afin d'équilibrer le partage;

- |   |   |
|---|---|
| <p>(d) order partition or sale of property and payment to be made out of the proceeds of sale to one or both spouses in specified proportions or amounts;</p> <p>(e) order that property forming all or a part of the share of either or both spouses be transferred to, or in trust for, or vested in a child;</p> <p>(f) order that a spouse give security for the performance of an obligation imposed by order under this section, including a charge on property and may order that the spouse waive or release in writing any right, benefit or protection given by section 23 of the <i>Chattel Mortgage Act</i>, R.S.B.C. 1979, c. 48, or section 19 of the <i>Sale of Goods on Condition Act</i>, R.S.B.C. 1979, c. 373;</p> <p>(g) if property is owned by spouses as joint tenants, sever the joint tenancy.</p> | <p>d) ordonner la division ou la vente d'un bien et le paiement du produit de la vente à l'un des conjoints ou aux deux conjoints, chacun recevant la part ou le montant qu'elle détermine;</p> <p>e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, de l'un ou l'autre des conjoints ou des deux conjoints soient transférés ou dévolus à un enfant ou placés en fiducie à son bénéficiaire;</p> <p>f) ordonner à un conjoint de fournir une sûreté pour garantir l'exécution d'une obligation que lui impose une ordonnance en vertu du présent article, y compris une charge sur un bien, et ordonner qu'il renonce par écrit aux droits, aux avantages et à la protection que lui confèrent l'article 23 de la <i>Chattel Mortgage Act</i>, R.S.B.C. 1979, ch. 48, ou l'article 19 de la <i>Sale of Goods on Condition Act</i>, R.S.B.C. 1979, ch. 373;</p> <p>g) lorsqu'un bien appartient aux conjoints en tenance conjointe, mettre fin à la tenance conjointe.</p> |
|---|---|

[2] The trial judge in this case divided over \$1.7 million of assets between the parties, who were married for 12 years. During the marriage, Mr. Stein, the appellant, provided for the family financially, while Mrs. Stein, the respondent, cared for the home and the parties' two children. Upon divorce, the trial judge ordered an equal division of assets between the parties. As a result, Mrs. Stein was granted ownership of the family home, while Mr. Stein kept his interest in the family business. Both parties received significant interests in the family's bank accounts, investments, and RRSPs.

[3] The trial judge also considered the debts and liabilities which had accrued during the marriage. He adjusted the assets going to Mrs. Stein to account for the debt, which would remain in the name of Mr. Stein. He then determined that both parties had benefited during the marriage from the tax shelters

[2] En l'espèce, le juge de première instance a partagé des biens d'une valeur de plus de 1,7 million de dollars entre les parties, qui ont été mariées pendant 12 ans. Durant le mariage, M. Stein, l'appellant, a subvenu aux besoins financiers de la famille, et M<sup>me</sup> Stein, l'intimée, s'est occupée de la maison et de l'éducation des deux enfants du couple. Lors du divorce, le juge de première instance a ordonné le partage des biens en parts égales. Dans le cadre de ce partage, la propriété de la maison familiale a été attribuée à M<sup>me</sup> Stein alors que M. Stein a conservé ses intérêts dans l'entreprise familiale. Les deux parties ont reçu des droits importants sur les comptes bancaires, les investissements et les REER de la famille.

[3] Le juge de première instance a également tenu compte des dettes et obligations contractées pendant le mariage. Il a équilibré la valeur des biens attribués à M<sup>me</sup> Stein en fonction de la dette que M. Stein continuerait à assumer. Par la suite, il a conclu que, pendant le mariage, les deux parties avaient

registered in the appellant's name and that any contingent liability arising from these investments ought therefore to be equally divided between the parties. Uncontested expert evidence indicated, however, that it was impossible to quantify the tax shelters, which were not yet wound up. The judge thus ordered that the parties would "share equally in any liability related to the reassessment or winding up of the tax shelters" ([2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 BCSC 939, at para. 48).

[4] The Court of Appeal overturned this order and held that the *FRA* precludes the kind of "free-standing" division of debt performed by the trial judge ((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 245, 2006 BCCA 391). It determined that the speculative nature of the liability prevented a rational adjustment of the property to account for the potential liability, and that Mr. Stein would thus be solely responsible for the contingent liability. Mr. Stein appeals that finding to this Court.

[5] In my view, this appeal ought to be allowed. The *FRA* does not preclude an order dividing between spouses a contingent liability which cannot be valued at the time of trial, and this is not a case where the fact that both parties benefited from the tax shelters that could give rise to the contingent liabilities is outweighed by other factors. The trial judge found that both Mr. and Mrs. Stein are financially stable, and that both benefited from these tax shelter instruments. As a result, fairness requires restoration of the original order that the contingent debt be shared equally between the parties. I explain this conclusion more fully below.

### Analysis

#### A. *Division of Contingent Liabilities Under the FRA*

[6] The *FRA* states that when a marriage ends, each spouse is presumptively entitled to a half

tiré avantage des abris fiscaux enregistrés au nom de l'appelant et que toute dette éventuelle y afférente devait donc être partagée en parts égales entre elles. La preuve d'expert, qui n'a pas été contestée, a toutefois démontré qu'il était impossible d'établir la valeur des abris fiscaux qui n'avaient pas encore été liquidés. Le juge de première instance a donc ordonné que les parties [TRADUCTION] « assument à parts égales toute dette découlant de l'établissement de nouvelles cotisations relatives aux abris fiscaux ou de leur liquidation » ([2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 BCSC 939, par. 48).

[4] La Cour d'appel a infirmé cette décision et statué que la *FRA* empêche le tribunal de procéder, comme l'avait fait le juge du procès, à un partage « distinct » de la dette ((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 245, 2006 BCCA 391). Elle a conclu que, compte tenu de la nature conjecturale de la dette, il était impossible d'équilibrer rationnellement les biens en fonction de la dette éventuelle et que, par conséquent, seul M. Stein en serait responsable. C'est cette conclusion que l'appelant conteste dans le présent pourvoi.

[5] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La *FRA* ne fait pas obstacle à une ordonnance qui partage, entre les conjoints, une dette éventuelle dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès, et il ne s'agit pas d'un cas où d'autres facteurs l'emporteraient sur le fait que les deux parties ont tiré avantage des abris fiscaux susceptibles de générer les dettes éventuelles. Le juge du procès a conclu que M. et M<sup>me</sup> Stein sont tous deux stables financièrement et qu'ils ont tous deux tiré avantage des abris fiscaux. L'équité exige donc que soit rétablie l'ordonnance initiale prévoyant que les parties assumeront la dette éventuelle à parts égales. J'expliquerai ci-après cette conclusion de façon plus approfondie.

### Analyse

#### A. *Partage des dettes éventuelles sous le régime de la FRA*

[6] Selon la *FRA*, chacun des conjoints est présumé, lors de la rupture du mariage, avoir droit à la

interest in the family assets (*FRA*, s. 56(1) and (2)). No mention is made about the division of debt, although the Act does allow a court to vary the 50 percent asset division where this presumptive position would be “unfair” having regard to a number of factors (*FRA*, s. 65(1)). One of the enumerated factors which may render an equal division of assets unfair is the “liabilities of a spouse” (*FRA*, s. 65(1)(f)).

[7] In *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, this Court endorsed a finding by Southin J.A. of the British Columbia Court of Appeal that

[t]he court cannot make a spouse jointly liable to a creditor for a debt of the other spouse, no matter for what purpose it was incurred, or, in the absence of some contractual foundation, make one spouse liable to indemnify the other, either in whole or in part, for a liability of the latter. [pp. 133-34]

This conclusion is consistent with the *FRA* and confirms that debt itself may not simply be divided between spouses.

[8] In this case, the Court of Appeal correctly held that the structure of the *FRA* precludes “creating a freestanding obligation between the parties for a debt” (para. 23). The court also concluded, however, that dividing a liability that will crystallize in the future necessarily involves the creation of such a freestanding order. The result of this finding is that anytime a liability cannot be valued at the time of the initial division of assets, it cannot be taken into account by the court, as any order relating to a future division will always be deemed a “freestanding order” rather than a “reapportionment of assets”. In my view, this conclusion creates a barrier to the fair distribution of assets between spouses and also contradicts a plain reading of the *FRA*.

[9] It seems self-evident that, generally speaking, both assets and debts need to be considered in

moitié des biens familiaux (*FRA*, par. 56(1) et (2)). Cette loi est muette quant au partage des dettes; elle autorise toutefois le tribunal à répartir les biens autrement qu’en parts égales lorsqu’un tel partage serait « inéquitable » compte tenu d’un certain nombre de facteurs (*FRA*, par. 65(1)). Les « obligations d’un conjoint » constituent un facteur susceptible de rendre un partage égal inéquitable (*FRA*, al. 65(1)f)).

[7] Dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, notre Cour a cité en l’approuvant la conclusion de la juge Southin de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle

[TRADUCTION] [l]e tribunal ne peut rendre un conjoint solidairement responsable envers le créancier de la dette de l’autre conjoint, peu importe à quelles fins cette dette a été contractée, ou, en l’absence d’un fondement contractuel quelconque, obliger un conjoint à indemniser l’autre, en tout ou en partie, d’une obligation qui lui incombe. [p. 133-134]

Cette conclusion est compatible avec la *FRA* et elle confirme qu’une dette, en soi, ne peut être simplement partagée entre les conjoints.

[8] En l’espèce, la Cour d’appel a statué, à juste titre, que la structure de la *FRA* empêche la [TRADUCTION] « création d’une obligation distincte entre les parties relativement à une dette » (par. 23). Toutefois, elle a aussi conclu que pour partager une dette qui se cristallisera dans le futur, il faut nécessairement prononcer une ordonnance créant une obligation distincte de cette nature. Selon cette conclusion, le tribunal ne peut donc jamais tenir compte d’une obligation dont la valeur ne peut être établie au moment du partage initial des biens, puisqu’une ordonnance concernant un partage à venir sera dans tous les cas réputée être une ordonnance créant une obligation « distincte », plutôt qu’une « redistribution des biens ». À mon avis, cette conclusion fait obstacle à un partage équitable des biens entre les conjoints et va à l’encontre du sens ordinaire des dispositions de la *FRA*.

[9] Il semble aller de soi que, règle générale, il faut tenir compte à la fois de l’actif et des dettes

order to ensure fairness upon the breakdown of a marriage. As the British Columbia Court of Appeal noted in *Mallen v. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241:

... the equality of treatment of the spouses as required by the scheme of the Act is intended to be a true equality in real terms, and not an artificial equality reached by ignoring some of the facts and emphasizing others. In order to bring about a true equality it is necessary that debts and other liabilities of the spouses at the time of the triggering event and earlier be examined in a way that will illustrate the true relationship between the debts, on the one hand, and the attainment of equality and fairness, on the other. [para. 5]

[10] Indeed, the term “family debt” has evolved in the jurisprudence out of a recognition that spouses jointly contribute to not only the accumulation of assets, but also debt. Although the phrase has no statutory significance, it has been used with increasing regularity by trial courts (particularly in British Columbia) to describe “a liability of either or both of the spouses which has been incurred during the marriage for a family purpose” (*Mallen*, at para. 26). The very existence of the term “family debt” underlines the reality that in order to ensure fairness, both debts and assets must be considered after the breakdown of a marriage.

[11] In my view, the fact that it is not feasible to precisely value an asset or debt at the time of separation does not alter the principle that the complete financial situation of both spouses needs to be considered in order to ensure a just result. In the context of assets, courts have concluded that spouses have a right to claim an interest even where the asset itself is “inchoate, contingent, immature, or not vested” (*Rutherford v. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (B.C.C.A.), at p. 342. See also *Grove v. Grove*, [1996] B.C.J. No. 658 (QL) (S.C.), and *Webb v. Webb* (1994), 135 N.S.R. (2d) 161 (S.C.)). I believe the same approach ought to apply to debts — the principle of fairness requires that

pour assurer un résultat équitable lors de la rupture d’un mariage. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Mallen c. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241 :

[TRADUCTION] ... l’égalité de traitement, que le régime législatif garantit aux deux conjoints, est une véritable égalité, ancrée dans la réalité, et non une égalité factice que l’on établirait en négligeant certains éléments et en insistant sur d’autres. Pour atteindre une véritable égalité, il faut tenir compte des dettes et des autres obligations des conjoints au moment de l’événement déclencheur, ou avant, d’une façon qui témoigne du véritable lien entre, d’une part, les dettes et, d’autre part, l’atteinte de l’égalité et d’un résultat équitable. [par. 5]

[10] D’ailleurs, dans la jurisprudence, la notion de « dettes familiales » a évolué à la faveur de la reconnaissance du fait que les conjoints contribuent tous deux non seulement à l’acquisition des biens, mais aussi à l’endettement. Bien que le régime législatif ne parle pas des « dettes familiales », les tribunaux de première instance utilisent de plus en plus fréquemment cette expression ou son équivalent anglais « *family debt* » (particulièrement en Colombie-Britannique) pour désigner [TRADUCTION] « une obligation de l’un ou des deux conjoints, contractée pendant le mariage à une fin familiale » (*Mallen*, par. 26). L’existence même de l’expression « dettes familiales » témoigne du fait que, pour parvenir à un résultat équitable après la rupture du mariage, il faut tenir compte tout autant des dettes que des éléments d’actif.

[11] À mon avis, le fait qu’on ne puisse établir avec précision la valeur d’un bien ou d’une dette au moment de la rupture ne change rien au principe qu’il faut tenir compte de l’ensemble de la situation financière des deux conjoints pour parvenir à un résultat équitable. En ce qui concerne les éléments d’actif, les tribunaux ont conclu que les conjoints peuvent revendiquer des droits même à l’égard d’un élément [TRADUCTION] « imparfait, conditionnel, non échu ou non acquis » (*Rutherford c. Rutherford* (1981), 23 R.F.L. (2d) 337 (C.A.C.-B.), p. 342. Voir également *Grove c. Grove*, [1996] B.C.J. No. 658 (QL) (C.S.), et *Webb c. Webb* (1994), 135 N.S.R. (2d) 161 (C.S.)). Je crois qu’il faut adopter la même

debts be considered even where they cannot be fully valued at the time of separation.

[12] A plain reading of the *FRA* leads to this same conclusion. Although it is clear that debt is not to be divided between spouses, the *FRA* does not place any temporal limits on the division of assets. Nor does it state that once assets have been subject to an initial division, a reapportionment cannot occur at some point in the future. To the contrary, s. 66(1) allows a court to make orders that are “necessary, reasonable or ancillary” to give effect to a determination about the division of property, and s. 66(2)(c) specifies that this may include ordering a spouse to “pay compensation” to the other spouse “for the purpose of adjusting the division”. In my view, this provision clearly anticipates that an “adjustment of the division” will occur at some point in time *after* the initial division of assets has already occurred. Further, the requirement that one spouse will “pay compensation” to the other spouse indicates that a future reapportionment of assets can take the form of payment from one party to the other. Thus, where fairness necessitates “adjusting” the division of assets *at any time*, s. 66(2)(c) allows the court to order that payment occur.

[13] In sum, it is my view that the *FRA* does not preclude an order dividing between spouses a contingent liability which cannot be valued at the time of trial.

#### B. *Ensuring Fairness in Accordance With the FRA*

[14] As has been discussed, the *FRA* does not require that debts be divided equally between separating or divorcing spouses, and the presumptive position is that only assets will be divided on an equal basis. Although this presumptive division may be changed to take into account the “liabilities of a spouse”, the Act enumerates a number of other factors which may also contribute to a situation of unfairness. In my view, each of these factors must be considered and weighed when evaluating whether deviation from the standard 50/50 division is appropriate.

approche en ce qui concerne les dettes — le principe de l'équité exige qu'on tienne compte des dettes, même lorsqu'on ne peut en établir pleinement la valeur au moment de la rupture.

[12] Le sens ordinaire de la *FRA* mène à la même conclusion. Bien qu'il soit clair que les dettes ne doivent pas être réparties entre les conjoints, la *FRA* ne fixe pas de limites temporelles au partage des biens. Elle n'interdit pas non plus qu'on procède à une redistribution après le partage initial des biens. Au contraire, le par. 66(1) permet à un tribunal de rendre les ordonnances « nécessaires, raisonnables ou accessoires » pour donner effet à une décision concernant le partage des biens et l'al. 66(2)(c) précise que le tribunal peut ainsi notamment ordonner à l'un des conjoints « d'indemniser l'autre [. . .] afin d'équilibrer le partage ». Selon moi, cette disposition vise clairement le cas où le partage doit être « équilibré » à un moment donné *après* le partage initial des biens. De plus, le fait d'exiger que l'un des conjoints « indemnise l'autre » confirme qu'une redistribution à venir peut s'opérer par le versement d'une somme d'argent par un conjoint à l'autre. Ainsi, lorsque l'équité commande qu'on équilibre le partage, à *quelque moment que ce soit*, l'al. 66(2)(c) autorise le tribunal à ordonner qu'un paiement soit effectué.

[13] Bref, je suis d'avis que la *FRA* ne fait pas obstacle au prononcé d'une ordonnance qui partage entre les conjoints une dette éventuelle dont la valeur ne peut être établie au moment du procès.

#### B. *Le résultat équitable exigé par la FRA*

[14] Comme nous l'avons vu, la *FRA* n'exige pas le partage des dettes en parts égales entre les conjoints lors de la séparation ou du divorce, et on présume au départ que seuls les biens seront partagés également. Certes, la proportion de 50 p. 100, présumée s'appliquer peut être modifiée pour tenir compte des « obligations d'un conjoint », mais la *FRA* énumère d'autres facteurs susceptibles de rendre ce partage inéquitable. À mon avis, il faut examiner et soupeser chacun de ces facteurs pour déterminer s'il y a lieu de déroger à la norme du partage en parts égales.

[15] Section 65(1) states that the presumptively equal division of assets may be varied where such a division is “unfair” having regard to:

- (a) the duration of the marriage,
- (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart,
- (c) the date when property was acquired or disposed of,
- (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift,
- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse . . . .

[16] Many trial courts have recently determined that “family debts”, which are incurred for maintenance costs relating to the family, should be considered when determining reapportionment of assets. I agree that, where a debt has been incurred for use within the family unit, it is more likely appropriate to reapportion assets to account for that debt than if it were accumulated solely for use outside of the marriage. The presence of debt (regardless of whether it is “family debt”) is only one factor mentioned under s. 65(1); however, and it is, in my view, necessary for a judge to consider all of the relevant factors in order to determine whether or not the presumptive division of assets leads to unfairness.

### C. *Application to This Case*

[17] The Court of Appeal held that, in this case, it was inappropriate to allocate 50 percent of the contingent liability to Mrs. Stein in part because Mr. Stein is better positioned to remain economically independent and self-sufficient. I agree with the Court of Appeal that this is a relevant consideration in determining whether reapportionment of assets is appropriate, but disagree with its ultimate conclusion on the issue. As noted by the trial judge,

[15] Le paragraphe 65(1) permet d'équilibrer les parts lorsque le partage présumé en parts égales serait « inéquitable » compte tenu :

#### [TRADUCTION]

- a) de la durée du mariage,
- b) de la durée de la séparation de fait,
- c) de la date d'acquisition ou d'aliénation d'un bien,
- d) de la mesure dans laquelle un bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation,
- e) des besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement,
- f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou obligations d'un conjoint . . .

[16] De nombreux tribunaux de première instance ont récemment statué que les « dettes familiales », contractées pour subvenir aux besoins de la famille, devraient être prises en compte dans la redistribution des biens. Je conviens que, dans le cas des dettes contractées à l'usage de la famille plutôt qu'exclusivement à un autre usage, il conviendra plus vraisemblablement de redistribuer les biens en tenant compte de la dette. L'existence d'une dette (« familiale » ou non) n'est qu'un des facteurs énumérés au par. 65(1); je suis néanmoins d'avis que le tribunal doit examiner tous les facteurs pertinents pour déterminer si le partage dans les proportions présumées est inéquitable.

### C. *Application à la présente espèce*

[17] La Cour d'appel a conclu qu'il était inapproprié, en l'espèce, d'attribuer 50 p. 100 de la dette éventuelle à M<sup>me</sup> Stein, notamment parce que M. Stein est davantage en mesure de demeurer financièrement autonome. Comme la Cour d'appel, je suis d'avis qu'il s'agit d'un facteur pertinent pour déterminer si la redistribution des biens est appropriée, mais je n'accepte pas la conclusion à laquelle elle arrive en dernière analyse. Comme l'a

both Mr. and Mrs. Stein will have “significant assets after the division of assets in this case” (para. 49), as more than \$1.7 million in assets were divided between the parties. The judge also found that Mrs. Stein has successfully retrained to enter the animation industry and is likely to become “self-sufficient in the near future” (para. 56). Thus, although Mr. Stein does generate more income than Mrs. Stein, both spouses were found to be financially stable at the time of the division of assets and, in my view, this is not a case where an unfairness results from requiring both spouses to assume responsibility for contingent liabilities related to tax shelters from which they have each derived benefit. None of the other factors enumerated in s. 65(1) of the *FRA* militate in favour of requiring only one of these parties to bear responsibility for the liabilities; fairness thus requires that they share in this burden. Of course, in the event that there are significant changes in the circumstances of one of the parties, or if the impact of the future liability on one of the parties results in an unfairness, it is open for that individual to apply to the court for adjustments. Currently, however, it appears as though an equal division of this liability is the fair result.

[18] I wish to be clear that the liability that must be split between the parties is *net* of any profit received from ownership or sale of the instruments. Thus, in the event that Mr. Stein receives some revenue from the tax shelters that does not translate into an increase in child or spousal support payments, this revenue will be subtracted from the liability owing before it is split between the parties. Further, in the unlikely scenario that a profit is realized upon the winding-up of the instruments, that too shall be split between the parties. Mrs. Stein is responsible for one half of the liabilities associated with these tax shelters, but she is equally entitled to one half of any proceeds they generate. I believe this netting principle is implicit in the reasons of the trial judge, but wish to make it absolutely explicit here.

fait remarquer le juge du procès, M. et M<sup>me</sup> Stein posséderont tous deux [TRADUCTION] « des biens importants après le partage » (par. 49) puisque des biens d’une valeur excédant 1,7 million de dollars ont été partagés entre eux. En outre, le juge a conclu que M<sup>me</sup> Stein s’était recyclée pour travailler dans le domaine de l’animation et qu’elle serait vraisemblablement [TRADUCTION] « autonome dans un proche avenir » (par. 56). Ainsi, bien que M. Stein gagne un revenu plus élevé que M<sup>me</sup> Stein, le tribunal a conclu que les deux conjoints étaient stables financièrement au moment du partage des biens et je suis d’avis qu’il ne s’agit pas d’un cas où il serait inéquitable d’exiger que les deux conjoints assument la responsabilité des dettes éventuelles se rapportant à des abris fiscaux dont ils ont tous les deux tiré avantage. Aucun des autres facteurs énumérés au par. 65(1) de la *FRA* ne milite en faveur de l’attribution de ce fardeau à une seule des parties; l’équité commande donc qu’il soit partagé entre elles. Bien entendu, s’il survenait des changements importants dans la situation de l’une ou l’autre des parties ou si l’incidence de l’obligation éventuelle sur l’une d’elles entraînait un résultat inéquitable, il lui serait loisible de s’adresser au tribunal pour obtenir des rajustements. Toutefois, il semblerait équitable actuellement de partager cette obligation en parts égales.

[18] Je tiens à préciser que le montant de l’obligation à partager entre les conjoints doit être un montant *net*, déduction faite de tout profit découlant de la propriété ou de la vente des instruments. Ainsi, si M. Stein tire des abris fiscaux un revenu qui ne se traduit pas par une augmentation de la pension alimentaire pour les enfants ou pour sa conjointe, ce revenu devra être soustrait du montant de la dette avant qu’elle soit partagée. De plus, dans le cas peu probable où M. Stein réaliserait un profit au moment de la liquidation des instruments, ce profit devra lui aussi être partagé entre les conjoints. Si M<sup>me</sup> Stein est responsable de la moitié des dettes associées aux abris fiscaux, elle a aussi droit à la moitié du produit qu’ils généreront, le cas échéant. Selon moi, les motifs du juge du procès indiquent de façon implicite qu’il faut partager un montant *net*, mais je préfère le préciser ici en termes explicites.



[19] There is one final issue to be addressed. At trial, the judge determined that \$56,339.44 in taxes owed by Mr. Stein ought to be shared equally between the parties. He adjusted Mrs. Stein's assets to account for her share of this liability. His reasons do not mention that Mr. Stein had filed a notice of objection in regard to this tax assessment. Mrs. Stein appealed this aspect of the judgment, claiming that the trial judge erred by failing to order reimbursement to her in the event that the tax objection is successful. The Court of Appeal rejected this argument. It said that because Mr. Stein will be solely responsible for the risk associated with the income tax shelters, it was appropriate for him to also receive any rewards connected with all future tax rulings (para. 32). Although the decision of the Court of Appeal with regard to the \$56,339.44 tax payment was not specifically appealed to this Court, it is evident that its conclusion on that point was directly linked to its finding on the tax shelters. In light of my conclusion that the Court of Appeal erred in its assessment of the contingent liabilities associated with the tax shelters, I find that it is necessary to also revisit its related conclusion regarding the tax objection. Given that the parties have each paid an equal share of the \$56,339.44 tax assessment, and that they will also share equally in any liability resulting from either the winding-up of the tax shelters or any future tax reassessments relating to these instruments, I believe it is appropriate that any refund granted to Mr. Stein as a result of his objection ought to be shared with Mrs. Stein. In argument before this Court, counsel for Mr. Stein agreed that fairness requires such a division, and an equal apportionment of both risk and reward is consistent with the netting principle I have discussed above.

### Conclusion

[20] In my view, this appeal should be allowed. I believe the Court of Appeal erred in finding that the *FRA* prevented the contingent tax liabilities to be divided between the parties and erroneously concluded that the speculative nature of the liability

[19] Il reste une dernière question à examiner. Au procès, le juge a conclu qu'une dette fiscale de 56 339,44 \$ due par M. Stein devait être partagée en parts égales entre les parties. Il a établi la valeur des biens de M<sup>me</sup> Stein en tenant compte de sa part de responsabilité à cet égard. Il n'a pas précisé dans ses motifs que M. Stein avait déposé un avis d'opposition à l'avis de cotisation concernant cette dette fiscale. M<sup>me</sup> Stein a interjeté appel de cette conclusion, faisant valoir que le juge de première instance a commis une erreur en omettant d'ordonner qu'elle soit remboursée si l'opposition de M. Stein est accueillie. La Cour d'appel a rejeté cet argument. À son avis, comme M. Stein assume seul les risques associés aux abris fiscaux, il est logique qu'il soit le seul à bénéficier d'éventuelles décisions fiscales favorables (par. 32). La décision de la Cour d'appel concernant la dette fiscale de 56 339,44 \$ n'est pas expressément portée en appel dans le présent pourvoi, mais il est évident que sa conclusion à cet égard est directement liée à sa conclusion concernant les abris fiscaux. Ayant statué que les conclusions de la Cour d'appel sur les dettes éventuelles afférentes aux abris fiscaux sont erronées, j'estime qu'il est nécessaire de revoir également sa conclusion connexe relative à l'avis d'opposition. Comme les conjoints ont payé à parts égales la somme de 56 339,44 \$ et qu'ils assumeront à parts égales les dettes résultant soit de la liquidation des abris fiscaux soit de nouvelles cotisations relatives à ces instruments, il m'apparaît approprié de répartir, entre M. et M<sup>me</sup> Stein, les sommes qui pourraient être remboursées à M. Stein par suite de son opposition. Devant notre Cour, l'avocat de M. Stein a admis que ce partage est nécessaire pour assurer un résultat équitable et qu'un partage en parts égales à la fois des risques et des bénéfices respecte le principe du montant net dont il a été question précédemment.

### Conclusion

[20] À mon avis, le pourvoi devrait être accueilli. J'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que la *FRA* empêche le partage des dettes fiscales éventuelles entre les parties et en concluant que la nature conjecturale de la dette

made it impossible for a fair reapportionment of assets to occur. The fact that this reapportionment will occur at some stage in the future, after the liability has crystallized, does not, in my view, violate a plain reading of the *FRA*. As a result, I would restore the trial judge's order that the parties shall share equally in any liability related to the reassessment or winding-up of all tax shelters, with the *caveat* that this division will be net of any revenue realized in respect of these instruments.

[21] The appellant shall receive his costs in this Court. Given that numerous issues decided in the courts below were not argued on appeal, this is not an appropriate case in which to order costs through-out.

The following are the reasons delivered by

[22] ABELLA J. (dissenting) — This appeal turns on whether the imposition on both spouses equally of a contingent liability for tax shelters is “unfair” within the meaning of s. 65 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128. The order was imposed by the trial judge as a freestanding obligation, if and when it became due, outside and subsequent to the trial judge's division of assets. It was imposed on the wife in addition to her liability for one-half of the \$93,339 in family debts. The husband's full ownership of the tax shelters was not disturbed and he was not required to credit his wife with one-half of the value of the tax refunds he received in the amount of \$43,323. This approach obstructs an almost consistent interpretive stream flowing from British Columbia's matrimonial property legislation, whereby indeterminate or contingent liabilities are rarely imposed on a more economically vulnerable spouse, or, if imposed, are usually accompanied by a reapportionment of assets in favour of that spouse to cushion the financial blow. (See, for example, *Danish v. Danish* (1981), 33 B.C.L.R. 176 (C.A.); *Tearle v. Tearle*, [1985] B.C.J. No. 1241 (QL) (S.C.); *Moore v. Moore*, [1988] B.C.J. No. 740 (QL) (S.C.); *Mallen v. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241 (C.A.); *McAlister v. McAlister*, [1996] B.C.J.

rend impossible une redistribution équitable des biens. Selon moi, le fait qu'on procédera à cette redistribution un jour, une fois la dette cristallisée, n'est pas contraire au sens ordinaire des dispositions de la *FRA*. Je suis donc d'avis de rétablir l'ordonnance du juge de première instance prévoyant que les parties assumeront à parts égales toute dette découlant d'une nouvelle cotisation relativement aux abris fiscaux ou de leur liquidation, étant entendu que le partage sera effectué après déduction de tout revenu tiré de ces instruments.

[21] L'appelant a droit à ses dépens devant notre Cour. Étant donné que de nombreuses questions tranchées par les juridictions inférieures n'ont pas été plaidées devant notre Cour, il ne s'agit pas d'un cas où il conviendrait d'adjuger les dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[22] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le pourvoi porte sur la question de savoir s'il est « inéquitable », au sens de l'art. 65 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, de faire supporter aux deux conjoints en parts égales une dette éventuelle relative à des abris fiscaux. L'ordonnance en ce sens du juge de première instance leur a été imposée à titre d'obligation conditionnelle distincte, étrangère et postérieure au partage des biens. Cette obligation a été imposée à l'épouse en plus de sa responsabilité quant à la moitié des dettes familiales s'élevant à 93 339 \$. L'ordonnance n'a pas contraint l'époux à renoncer à la propriété exclusive des abris fiscaux, ni à créditer son épouse de la moitié du remboursement fiscal de 43 323 \$ qu'il a reçu. Cette approche met fin à un courant d'interprétation des dispositions législatives de la Colombie-Britannique en matière de biens familiaux, que les tribunaux suivent presque invariablement et conformément auquel ils imposent rarement une dette indéterminée et éventuelle au conjoint le plus vulnérable sur le plan économique et, le cas échéant, ils l'assortissent habituellement d'une redistribution des biens en faveur de ce conjoint pour lui permettre d'amortir le coup sur le plan financier. (Voir, par exemple, *Danish c. Danish* (1981), 33 B.C.L.R. 176 (C.A.);

No. 150 (QL) (S.C.); *D.G.A. v. K.J.A.*, [2003] B.C.J. No. 2711 (Q.L.), 2003 BCSC 1736; and *G. (J.S.) v. G. (A.G.)* (2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457.)

[23] Based on the dramatic differences in the financial circumstances, sophistication, and experience of the spouses, the trial judge's equal apportionment of the contingent tax liability is, in my view, manifestly unfair to the wife.

[24] The relevant provisions are:

65 (1) If the provisions for division of property between spouses under section 56, Part 6 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

(a) the duration of the marriage,

. . . .

(e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or

(f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 56, Part 6 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court.

[25] The overriding principle is, as the legislation stipulates, fairness. Fairness in family law takes scrupulous account of the economic consequences of choices made by the spouses in the allocation of family responsibilities. This philosophical

*Tearle c. Tearle*, [1985] B.C.J. No. 1241 (QL) (C.S.); *Moore c. Moore*, [1988] B.C.J. No. 740 (QL) (C.S.); *Mallen c. Mallen* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241 (C.A.); *McAlister c. McAlister*, [1996] B.C.J. No. 150 (QL) (C.S.); *D.G.A. v. K.J.A.*, [2003] B.C.J. No. 2711 (QL), 2003 BCSC 1736, et *G. (J.S.) c. G. (A.G.)* (2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457.)

[23] Compte tenu des différences considérables entre la situation financière, le savoir et l'expérience de chaque conjoint, j'estime que la répartition de la dette fiscale éventuelle en parts égales par le juge de première instance est manifestement inéquitable envers l'épouse.

[24] Voici les dispositions législatives pertinentes :

[TRANSDUCTION]

65 (1) Lorsque le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 56, à la partie 6 ou à leur contrat de mariage, selon le cas, serait inéquitable compte tenu

a) de la durée du mariage,

. . . .

e) des besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement,

f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou obligations d'un conjoint,

la Cour suprême peut, sur demande, ordonner le partage des biens visés à l'article 56, à la partie 6 ou au contrat de mariage, selon le cas, dans les proportions qu'elle fixe.

[25] Comme l'énonce la loi, l'équité est le principe prépondérant. En droit de la famille, l'équité tient scrupuleusement compte des conséquences économiques des choix faits par les conjoints quant à la répartition des responsabilités familiales. La dissidence

trail started in Laskin J.'s dissent in *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, and found a clearing in Dickson J.'s majority opinion in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436. The jurisprudential apex was *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813.

[26] The product of this revolution in family law was the principle that the decision either to perform unpaid work on behalf of the family at home, or remunerative work outside the home, should receive equal recognition in assessing the economic consequences for a separating family. The acknowledgement that both forms represent equal contributions to the family's economy, was an attempt to rectify the traditional economic disadvantage and dependence that had attached to the spouse, usually the wife, who had performed a domestic, unremunerated role. Fairness in family law came to mean, among other things, accommodating the reduced earning capacities of someone who had removed herself from the paid labour market on behalf of the family, and who, as a result, found re-entry several years later problematic.

[27] The fruits of this historical trajectory were insufficiently reflected in the trial judge's order under appeal. They were also absent in his reduction of the wife's spousal support from the \$3,000 she had been receiving on an interim basis, to \$2,500. He also limited her support to a period of 3 years. That she should be expected to overcome the economic consequences of 12 years out of the paid workforce in only 3 years was completely unrealistic. These errors in the quantum and time-limited aspects of spousal support were recognized by the Court of Appeal, which made the order more open-ended and raised her support to \$4,200 per month in accordance with Spousal Support Advisory Guidelines. While this aspect of the trial judge's order is not being appealed, I mention it because it helps illuminate the unduly limited appreciation for the wife's circumstances found in his order that

du juge Laskin dans *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, a ouvert la voie à ce courant philosophique, qui a fait une véritable percée dans l'opinion majoritaire du juge Dickson dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, et connu son apogée jurisprudentiel dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

[26] Cette révolution en droit de la famille est à l'origine du principe selon lequel la décision d'accomplir, au foyer, un travail non rémunéré au profit de la famille et celle d'accomplir un travail rémunéré à l'extérieur du foyer doivent être reconnues au même titre l'une que l'autre lorsqu'il s'agit d'évaluer les conséquences économiques d'une séparation. La reconnaissance de ces deux formes de travail comme des contributions équivalentes à la situation financière de la famille visait à remédier à la dépendance et au désavantage économiques traditionnels que subissait l'un des conjoints, généralement l'épouse, pour s'être consacré aux tâches domestiques non rémunérées. En droit de la famille, l'équité en est donc venue à signifier, entre autres choses, qu'il faut faire des aménagements pour tenir compte des capacités réduites de gagner un revenu de la conjointe qui s'est retirée du marché du travail rémunéré au profit de la famille et qui, en conséquence, éprouve des difficultés à réintégrer ce marché plusieurs années plus tard.

[27] L'ordonnance du juge de première instance qui est portée en appel ne reflète pas autant qu'elle le devrait les fruits de cette évolution historique. Le juge n'en a pas tenu compte non plus en réduisant la pension alimentaire de 3 000 \$, que recevait provisoirement l'épouse, pour la fixer à 2 500 \$, en plus d'en limiter la durée à 3 ans. Il était totalement irréaliste de s'attendre à ce que l'épouse remédie en seulement 3 ans aux conséquences économiques de son retrait du marché du travail pendant 12 ans. La Cour d'appel a reconnu ces erreurs relatives au montant et à la durée limitée de la pension alimentaire. Aussi a-t-elle assoupli l'échéance de l'ordonnance et haussé la pension alimentaire de l'épouse à 4 200 \$ par mois conformément aux Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux. Bien que cet aspect de l'ordonnance du juge de première instance ne soit pas porté en appel,

she bear responsibility for one-half of the contingent tax liability.

[28] The economic disparity between the spouses is pronounced. At the time of the separation, Malka Stein had been outside the paid labour force for 12 years, looking after the home and two children, one of whom requires extra attention. For most of the years of the marriage, she had no personal bank account in her name, no secondary credit card under her husband's credit card account and no money of her own.

[29] After the separation, she completed training as an animator. Her prospects in her new career are, based on the findings of the trial judge, far from certain. He noted that she “seems well poised to join the booming animation industry”, “anticipates earning \$30,000 to \$40,000 annually if she secures full-time employment”, and that she “hopes to earn more if she can get contract work for her company” ([2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 BCSC 939, at para. 13 (emphasis added)). This is not the vocabulary of financial security.

[30] On the other hand, Wayne Stein's financial circumstances are stable and ample. His total gross annual income is \$233,675. In addition to some investments, he owns one-quarter of a family business, an interest valued by the trial judge at \$650,000. An experienced businessman, he took care of all the household finances. The matrimonial home was registered in his name.

[31] The possibility of the disparity widening even further increases when one considers that the liability imposed on both spouses was uncertain, contingent and indeterminate. In the words of Saunders J.A. in the Court of Appeal:

The debt is in relation to the tax shelters which were not valued, not even mentioned, in the division of assets ordered by the trial judge. . . .

je le mentionne parce qu'il permet de mieux comprendre à quel point son ordonnance attribuant la moitié de la dette fiscale à l'épouse reposait sur une appréciation indûment limitée de sa situation.

[28] La disparité des situations financières des conjoints est considérable. Au moment de la séparation, Malka Stein s'était retirée du marché du travail rémunéré depuis 12 ans pour prendre soin de la maison et des deux enfants, dont un avait besoin d'une attention particulière. Pendant la plupart des années qu'a duré le mariage, elle n'avait pas de compte bancaire à son nom, pas de carte de crédit secondaire jumelée à la carte de crédit de son mari et pas d'argent à elle.

[29] Après la séparation, elle a suivi une formation en animation. Selon les conclusions du juge de première instance, son avenir professionnel dans cette nouvelle carrière est loin d'être assuré. Il a noté qu'elle [TRADUCTION] « semble bien préparée pour joindre l'industrie de l'animation qui est en plein essor », qu'elle « prévoit gagner de 30 000 \$ à 40 000 \$ par année si elle obtient un emploi à temps plein », et qu'elle « espère gagner plus si elle peut obtenir des contrats pour son entreprise » ([2005] B.C.J. No. 1447 (QL), 2005 BCSC 939, par. 13 (je souligne)). Ce n'est pas ainsi qu'on s'exprimerait pour parler de sécurité financière.

[30] En revanche, la situation financière de Wayne Stein est stable et très confortable. Il touche annuellement un revenu total brut de 233 675 \$. En plus de certains investissements, il détient un intérêt de un quart dans une entreprise familiale — intérêt évalué à 650 000 \$ par le juge du procès. Homme d'affaires expérimenté, il s'occupait seul des finances du ménage. La résidence familiale était enregistrée à son nom.

[31] La possibilité que cette disparité s'accroisse est encore plus grande lorsqu'on tient compte du fait que la dette attribuée aux deux conjoints est incertaine, éventuelle et indéterminée. Pour reprendre les propos du juge Saunders de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] La dette est liée aux abris fiscaux qui n'ont été ni évalués, ni même mentionnés dans le partage des biens ordonné par le juge de première instance. . .

... The evidence in this case establishes that the magnitude of the liability is highly speculative. The record does not provide a basis for a rational adjustment of the property to account for this potential liability.

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 245, 2006 BCCA 391, at paras. 25-26)

[32] As the Court of Appeal recognized, a husband earning almost a quarter of a million dollars annually, with the financial capacity to acquire more assets, is in a far better position to adjust to and accommodate a substantial tax liability than is his wife who will earn no more than \$40,000. The impact on Mr. Stein could undoubtedly be serious, but it would also be manageable. The impact on his wife could well be the loss of the home in which she lives with the children. Again, the observations of the Court of Appeal are apt:

... Mr. S[tein]'s income, and hence his ability to remain economically independent and self-sufficient, greatly exceeds Mrs. S[tein]'s, and is likely to do so in the future. He is better placed, both financially and in knowledge, to handle future reassessments. [para. 27]

[33] Moreover, the equal imposition of this contingent tax liability takes insufficient account of the extent to which the wife's ability to enjoy a relatively comparable standard of living will be affected (*Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at paras. 66-67). This flies in the face of s. 65(1)(e) of the Act, which states that provisions for division of property between spouses should take account of whether the division "would be unfair having regard to . . . the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient". The wife's limited earning power and financial experience create a genuine risk that the equal application of a substantial tax burden will materially reduce her own and the children's standard of living, a reduction from which she may not be able to recover financially.

[34] The uncertainty about the timing and extent of the liability also means that the wife cannot

... En l'espèce, la preuve établit que l'ampleur de la dette est hautement hypothétique. Rien dans le dossier ne pourrait servir de fondement à un rajustement rationnel des éléments d'actif pour tenir compte de cette obligation potentielle.

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 245, 2006 BCCA 391, par. 25-26)

[32] Comme en a convenu la Cour d'appel, un mari qui gagne près d'un quart de million de dollars par année et qui a la capacité financière d'acquiescer davantage de biens est nettement mieux placé que son épouse qui ne gagnera pas plus de 40 000 \$ pour s'ajuster et réagir à la survenance d'une importante dette fiscale. Les conséquences de cette dette pourraient certes être sérieuses pour lui, mais elles demeurerait supportables. En revanche, l'épouse pourrait fort bien perdre la maison où elle vit avec les enfants. Encore une fois, les remarques de la Cour d'appel sont fort à propos :

[TRADUCTION] . . . le revenu de M. Stein et, partant, sa capacité à rester autosuffisant et autonome financièrement, excèdent de loin ceux de M<sup>me</sup> Stein, et cette disparité persistera vraisemblablement à l'avenir. Il est en meilleure posture, tant financièrement que sur le plan des connaissances, pour réagir à de nouvelles cotisations. [par. 27]

[33] En outre, la répartition de cette dette fiscale éventuelle en parts égales ne tient pas suffisamment compte de son effet négatif sur la capacité de l'épouse d'avoir un niveau de vie relativement comparable à celui de son mari (*Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 66-67). Elle est incompatible avec l'al. 65(1)e) de la Loi selon lequel il faut, lors du partage des biens entre les conjoints, se préoccuper de savoir s'il « serait inéquitable compte tenu [. . .] des besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement ». La capacité de gagner un revenu et l'expérience financière limitées de l'épouse créent un risque réel que l'imposition en parts égales d'un fardeau fiscal important réduise considérablement son niveau de vie et celui des enfants, ce dont elle risque de ne jamais se remettre financièrement.

[34] De plus, ne sachant pas à quel moment la dette deviendra exigible et quel en sera le montant,

easily plan her own and the children's financial future. This contradicts the family law objective that members of the former family should, to the extent possible, "know their rights and obligations in advance, thereby permitting them to plan and live their lives, without fear of subsequent upset" (D. A. Rollie Thompson, "Rules and Rulelessness in Family Law: Recent Developments, Judicial and Legislative" (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 25, at p. 28). This Court, in *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, at para. 57, recognized "the compelling policy goals of certainty, autonomy and finality" for divorcing spouses. In *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, Wilson J. explained:

When selecting the appropriate method of distribution it is important to bear in mind that the primary goal of the legislation is to effect the adjustment of property in an equitable manner. Of equal importance in some cases is the desire to sever the financial ties between the parties. [Emphasis added; p. 836.]

(See also *Best v. Best*, [1999] 2 S.C.R. 868, at para. 111.)

[35] While some issues, like custody and access, have an inherent fluidity that tracks a child's evolutionary needs, and while support may vary if a material change in circumstances occurs, property matters can usually be ascertained with sufficient clarity to permit the parties to exit from a marriage with an economic map delineating clearly marked boundaries. No matter the issue, subject always to the transcendent duty of fairness, the goal is to create enough certainty that each spouse can make personal and financial decisions about the future based on legitimate and enforceable expectations.

[36] This is not to say that a court can never make an order for an unravelling family that anticipates a financial contingency. But what a court should

l'épouse ne peut pas facilement planifier son avenir financier et celui des enfants. Cela va à l'encontre de l'objectif du droit de la famille voulant que, dans la mesure du possible, les membres de l'ancienne famille [TRADUCTION] « connaissent leurs droits et obligations à l'avance, de façon à pouvoir planifier et vivre leur vie, sans crainte de bouleversement ultérieur » (D. A. Rollie Thompson, « Rules and Rulelessness in Family Law : Recent Developments, Judicial and Legislative » (2000-2001), 18 *C.F.L.Q.* 25, p. 28). Dans *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24, par. 57, la Cour a reconnu « les objectifs impérieux de la certitude, de l'autonomie et du règlement définitif » pour les époux qui divorcent. Dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, la juge Wilson a expliqué :

Pour choisir la méthode de partage appropriée, il convient de se rappeler que le but principal de la loi est de répartir les biens d'une manière équitable. Dans certains cas il est également important de rompre les liens financiers entre les parties. [Je souligne; p. 836.]

(Voir aussi *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868, par. 111.)

[35] Malgré la fluidité intrinsèque de certaines questions, comme celles de la garde et des droits d'accès, qui changent au gré des besoins variables des enfants, et bien que la pension alimentaire puisse être modifiée s'il survient un changement important dans la situation des parties, les questions qui concernent les biens peuvent habituellement être fixées assez nettement pour permettre aux parties d'avoir, dès la dissolution du mariage, un portrait précis de leur situation financière, qui en délimite clairement les tenants et aboutissants. Quelle que soit la question en litige, mais toujours sous réserve de l'obligation prééminente d'équité, l'objectif consiste à créer un degré de certitude suffisant pour que chaque conjoint puisse prendre, pour le futur, des décisions financières et personnelles fondées sur des attentes légitimes et exécutoires.

[36] Cela ne signifie pas qu'un tribunal ne peut jamais prononcer, à l'égard d'une famille qui se disloque, une ordonnance prévoyant une éventualité à

strive to avoid, wherever possible, is doing so in a way that undermines the goal of attempting to preserve an economic equilibrium between the resulting households. Sometimes this can be done by an equal distribution of burdens and benefits, and sometimes an equal distribution is destructive of that equilibrium.

[37] This is a case where the imposition of the equal responsibility for the tax liability, if and when it materializes, fails to recognize and accommodate the financial repercussions of the division of labour in the Stein household, unfairly disturbs the ability of the wife to plan and arrange her economic future, poses a significant threat to her ability to maintain her economic viability, and makes it far more likely that her and the children's standard of living will be substantially lower than that of Mr. Stein.

[38] All this justifies the Court of Appeal's decision to set aside the trial judge's "if and when" order. In my view, it was correct to do so. I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Susan G. Label, Richmond, B.C.*

caractère financier. Cependant, dans la mesure du possible, les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de le faire d'une manière qui mine l'objectif qui consiste à maintenir un équilibre économique entre les deux ménages issus de l'ancien. Un partage égal des fardeaux et des avantages peut parfois créer cet équilibre, mais il peut parfois le rompre.

[37] Il s'agit ici d'un cas où l'imposition en parts égales de la responsabilité relative à la dette fiscale — conditionnelle à ce que celle-ci se concrétise — ne reconnaît pas et ne pallie pas les répercussions financières de la répartition des tâches dans le ménage que formaient les Stein, compromet inégalement la capacité de l'épouse de planifier et d'organiser son avenir financier, menace considérablement sa capacité de préserver sa viabilité financière et accroît énormément la probabilité que son niveau de vie et celui des enfants soient considérablement moins élevés que celui de M. Stein.

[38] Tous ces motifs justifient la décision de la Cour d'appel d'annuler l'ordonnance conditionnelle du juge de première instance. Selon moi, c'est à bon droit qu'elle a rendu cette décision. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Georgiale Lang & Associates, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Susan G. Label, Richmond, C.-B.*



**Robert Allen Devine** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. DEVINE**

**Neutral citation: 2008 SCC 36.**

File No.: 31983.

2008: February 26; 2008: June 19.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled exception to hearsay rule — Witness at trial recanting earlier out-of-court statement identifying accused — Trial judge admitting out-of-court statement under principled exception to hearsay rule — Whether statement should have been admitted.*

The accused was alleged to have assaulted the complainant in two separate incidents. Both the complainant and his companion, P, who witnessed the first incident, refused to give a statement to the police after the first assault. Following the second assault, however, they each gave a statement identifying the accused as the assailant. Before P's statement was videotaped and recorded, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. At trial, both the complainant and P recanted their identification of the accused. P also testified that the identification in her statement was based on information obtained from others. The Crown sought leave to introduce P's police statement for the truth of its contents under the principled exception to the hearsay rule. The trial judge found that P's identification contained in the statement was not itself hearsay as contended by the defence. He concluded that the identification was based on P's own observations, and that, in testifying to the contrary, she was trying to avoid identifying the accused at trial. He admitted the out-of-court statement under the principled approach to hearsay and convicted the accused of assault causing bodily harm and robbery with respect to the first incident. A majority of the Court of Appeal upheld the decision to admit

**Robert Allen Devine** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DEVINE**

**Référence neutre : 2008 CSC 36.**

N° du greffe : 31983.

2008 : 26 février; 2008 : 19 juin.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oûi-dire — Exception raisonnée à la règle du oûi-dire — Un témoin se rétracte au procès d'une déclaration extrajudiciaire identifiant l'accusé — Le juge du procès admet la déclaration extrajudiciaire en preuve en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oûi-dire — Fallait-il admettre la déclaration en preuve?*

Il était allégué que l'accusé avait commis des voies de fait à l'endroit du plaignant lors de deux incidents distincts. Le plaignant et sa compagne, P, qui avait été témoin du premier incident, ont tous les deux refusé de faire une déclaration à la police après la première agression. Cependant, à la suite de la deuxième agression, ils ont chacun fait une déclaration à la police dans laquelle ils ont identifié l'accusé comme l'agresseur. Avant que P fasse sa déclaration, qui a été enregistrée sur bande audio et sur bande vidéo, un policier lui avait expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui avait fait prêter une forme de serment. Au procès, tant le plaignant que P sont revenus sur leur identification de l'accusé. P a aussi affirmé durant son témoignage que son identification dans sa déclaration était fondée sur de l'information obtenue d'autres personnes. Le ministère public a demandé l'autorisation de mettre en preuve la déclaration de P à la police pour établir la véracité de son contenu, conformément à l'exception raisonnée à la règle du oûi-dire. Le juge du procès a jugé que l'identification par P dans sa déclaration n'était pas elle-même du oûi-dire comme le prétendait la défense. Il a conclu que l'identification par P était fondée sur ses propres observations et qu'en affirmant le contraire sous serment, elle tentait d'éviter d'identifier l'accusé au procès. Il a

the statement and rejected the contention that the verdict was unreasonable. The dissenting judge would have ruled the statement inadmissible on the basis that P's identification was itself hearsay. He also found the verdict to be unreasonable.

**Held:** The appeal should be dismissed. The statement was admissible and the verdict was not unreasonable.

There is no reason to interfere with the trial judge's finding that P's identification of the accused in her out-of-court statement was based on her own observations. Since P's identification of the accused is not itself hearsay, the statement may be admitted under the principled approach if the twin criteria of necessity and reliability are met. Here, it is conceded that the necessity criterion is made out. Where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the testimony, not the witness. The reliability criterion is also satisfied because there is a sufficient basis for assessing the truth and accuracy of P's statement. In taking P's statement, the police followed the guidelines set out in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, which brought the statement to a comparable standard of reliability as her in-court testimony. Furthermore, although P recanted her identification of the accused at trial, there was a meaningful opportunity to test her evidence through cross-examination. P testified under oath that at the time she gave her statement, she was aware of the seriousness of the statement and told the truth to the best of her ability. The trial judge was able to assess her demeanour, and gave a detailed account of her evasiveness and reluctance to identify the accused in the courtroom. There is no reason to disturb his finding that she was trying to distance herself on the witness stand from any identification of the accused. [14-16] [20] [28]

Finally, the verdict rendered was not unreasonable as P's identification evidence was capable of supporting the trial judge's finding that the accused was the assailant. [31]

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; **referred**

admis en preuve la déclaration extrajudiciaire suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire et a déclaré l'accusé coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et de vol qualifié relativement au premier incident. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision d'admettre la déclaration en preuve et ont rejeté la prétention selon laquelle le verdict était déraisonnable. Le juge dissident aurait jugé la déclaration inadmissible en preuve au motif que l'identification par P était elle-même du oui-dire. En outre, il jugeait le verdict déraisonnable.

**Arrêt :** Le pourvoi est rejeté. La déclaration était admissible en preuve et le verdict n'était pas déraisonnable.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle l'identification de l'accusé par P dans sa déclaration extrajudiciaire était fondée sur ses propres observations. Comme l'identification de l'accusé par P ne constitue pas en soi du oui-dire, la déclaration peut être admise en preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée s'il est satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité. En l'espèce, tous concèdent que le critère de la nécessité est rempli. Lorsqu'un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du témoignage et non du témoin. L'exigence de la fiabilité est aussi remplie parce qu'on dispose de suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration de P. En prenant la déposition de P, le policier a respecté les directives énoncées dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, de façon que la déclaration réponde à une norme de fiabilité comparable à celle d'un témoignage livré à l'audience. En outre, bien que, lors du procès, P ait rétracté son identification de l'accusé, il existait une possibilité réelle de vérifier son témoignage en la contre-interrogeant. P a affirmé sous serment qu'elle était consciente de la gravité de sa déclaration au moment où elle l'avait faite et qu'elle s'était efforcée de dire la vérité. Le juge du procès a été en mesure d'évaluer le comportement du témoin et a fait un compte-rendu détaillé de son attitude évasive et de sa réticence à identifier l'accusé dans la salle d'audience. Il n'y a aucune raison de modifier sa conclusion selon laquelle elle tentait de se distancier, à la barre, de toute identification de l'accusé. [14-16] [20] [28]

Finalement, le verdict rendu n'était pas déraisonnable puisque la preuve d'identification par P pouvait étayer la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé était l'agresseur. [31]

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC

to: *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123; *R. v. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, McFadyen and Berger J.J.A.) (2007), 404 A.R. 81, 394 W.A.C. 81, 218 C.C.C. (3d) 497, 46 C.R. (6th) 371, [2007] A.J. No. 277 (QL), 2007 CarswellAlta 323, 2007 ABCA 49, affirming the accused's conviction of robbery and assault causing bodily harm entered by Norheim Prov. Ct. J., [2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 CarswellAlta 1146, 2005 ABPC 162. Appeal dismissed.

*Steven J. Fix and Nicole R. Sissons*, for the appellant.

*James A. Bowron*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CHARRON J. — The appellant, Robert Allen Devine, was convicted at trial of robbery and assault causing bodily harm in respect of an incident which occurred on November 19, 2004. He was acquitted of a second assault on the same complainant, alleged to have occurred on February 2, 2005. On appeal, his convictions were affirmed by Conrad and McFadyen J.J.A. of the Alberta Court of Appeal. Berger J.A., writing in dissent, would have quashed the convictions and substituted a verdict of not guilty on both counts. Mr. Devine appeals to this Court as of right. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

#### 1. The Proceedings Below

[2] At trial, no issue was taken that the complainant, Robert Schroeder, was robbed and severely beaten in November of 2004. He was again assaulted in February of 2005. The sole issue was

57; **arrêts mentionnés** : *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123; *R. c. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, McFadyen et Berger) (2007), 404 A.R. 81, 394 W.A.C. 81, 218 C.C.C. (3d) 497, 46 C.R. (6th) 371, [2007] A.J. No. 277 (QL), 2007 CarswellAlta 323, 2007 ABCA 49, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé, pour vol qualifié et voies de fait qui ont entraîné des lésions corporelles, par le juge Norheim, [2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 CarswellAlta 1146, 2005 ABPC 162. Pourvoi rejeté.

*Steven J. Fix et Nicole R. Sissons*, pour l'appellant.

*James A. Bowron*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE CHARRON — Au procès, l'appellant, Robert Allen Devine, a été déclaré coupable de vol qualifié et de voies de fait causant des lésions corporelles à la suite d'un incident survenu le 19 novembre 2004. Il a été acquitté d'une deuxième accusation de voies de fait qui auraient été commises contre le même plaignant le 2 février 2005. En appel, les juges Conrad et McFadyen de la Cour d'appel de l'Alberta ont confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge Berger, dissident, les aurait annulées et y aurait substitué un verdict de non-culpabilité relativement aux deux chefs. Monsieur Devine se pourvoit de plein droit devant la Cour. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

#### 1. Les juridictions inférieures

[2] Au procès, nul n'a contesté que le plaignant, Robert Schroeder, a été victime d'un vol et sauvagement battu en novembre 2004. Il a été agressé de nouveau en février 2005. La seule question en cause

the identification of the accused as the assailant. Both the complainant and his companion Cindy Pawliw, who witnessed the first incident, refused to give a statement to the police immediately following the November assault. Following the second assault, however, they each gave a statement to the police identifying Mr. Devine as the assailant. At trial, both witnesses testified but recanted their identification of Mr. Devine. Among other things, Ms. Pawliw testified that she had used Mr. Devine's name in her statement because "someone, she could not remember who, had suggested it was he" ([2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 ABPC 162, at para. 7).

[3] The Crown sought leave to introduce Ms. Pawliw's police statement for the truth of its contents under the principled exception to the hearsay rule, citing this Court's decision in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 ("*K.G.B.*"). The officer who took Ms. Pawliw's statement followed the guidelines set out in that case. Mr. Schroeder also gave a warned statement but it was not videotaped. The Crown did not seek to introduce Mr. Schroeder's statement and the trial judge did not consider it in arriving at his verdict.

[4] The trial judge rejected the argument that Ms. Pawliw's identification of the accused in the statement was itself hearsay and therefore inadmissible under the principled approach. He concluded that it was "extremely unlikely" that the identification was based on what others had told her:

When she was asked on the stand about her identification of the accused in her statement she responded that "I was not asked if I knew who it was myself, personally, and no one asked me either. I just assimilated or whatever, assumed that it was him because somebody had told me that it was him." I note that without coaching as to the description of the parties who entered the hotel room, she gave a very detailed description of the

était celle de l'identification de l'accusé en tant qu'agresseur. Le plaignant et sa compagne, Cindy Pawliw, qui avait été témoin du premier incident, ont tous les deux refusé de faire une déclaration à la police immédiatement après l'agression de novembre. Cependant, à la suite de la deuxième agression, ils ont chacun fait une déclaration à la police dans laquelle ils ont identifié M. Devine comme l'agresseur. Au procès, les deux témoins ont déposé, mais ils sont revenus sur leur identification de M. Devine. Entre autres choses, M<sup>me</sup> Pawliw a affirmé avoir donné le nom de M. Devine dans sa déclaration parce que [TRADUCTION] « quelqu'un — elle ne se rappelle pas qui — avait laissé entendre que c'était lui » ([2005] A.J. No. 1031 (QL), 2005 ABPC 162, par. 7).

[3] Le ministère public a demandé l'autorisation de mettre en preuve la déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw à la police pour établir la véracité de son contenu, conformément à l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Il a cité l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 ("*K.G.B.*"), de notre Cour, à l'appui de cette demande. L'agent qui avait pris la déposition de M<sup>me</sup> Pawliw avait respecté les directives énoncées dans cet arrêt. Monsieur Schroeder avait lui aussi fait une déclaration après avoir reçu la mise en garde d'usage, mais sa déclaration n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo. Le ministère public n'a pas cherché à mettre en preuve la déclaration de M. Schroeder et le juge du procès ne l'a pas considérée pour arriver à son verdict.

[4] Le juge du procès a rejeté l'argument selon lequel l'identification de l'accusé par M<sup>me</sup> Pawliw dans sa déclaration était elle-même du oui-dire et donc inadmissible suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il a conclu qu'il était [TRADUCTION] « hautement improbable » que l'identification ait été fondée sur ce que d'autres lui auraient dit :

[TRADUCTION] Lorsqu'on l'a interrogée à la barre sur son identification de l'accusé dans sa déclaration, elle a répondu : « On ne m'a pas demandé si je savais personnellement qui c'était et personne ne me l'a demandé non plus. J'ai simplement déduit, ou quelque chose du genre, j'ai présumé que c'était lui parce que quelqu'un m'avait dit que c'était lui. » Je remarque que, sans avoir été préparée à décrire les personnes qui sont entrées

assailant, right down to the clothes that he was wearing. This description matches the physical appearance of the accused. Within the context of this small town and the manner in which the statement was taken, I conclude that it is extremely unlikely that she would have given the description that she did, in the manner that she did in her statement, without qualifying the identification, if she could not identify the assailant. I conclude that she has given this explanation on the stand as a device to avoid identification of the accused from the witness stand. [para. 33]

[5] The trial judge determined that Ms. Pawliw's statement was admissible under the principled approach to hearsay. The necessity requirement was met because Ms. Pawliw was unable or unwilling to identify the assailant at trial. With respect to threshold reliability, the trial judge noted that the statement was videotaped and recorded. Before Ms. Pawliw gave her statement, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. These factors, among others, satisfied the trial judge that the statement was sufficiently reliable to be admitted.

[6] The trial judge convicted Mr. Devine of assault causing bodily harm and robbery with respect to the November incident. The trial judge relied mainly on the strength of Ms. Pawliw's identification evidence. He also found that Mr. Schroeder's testimony supported the description in Ms. Pawliw's statement of the manner in which the robbery and assault took place. However, the trial judge could not be satisfied beyond a reasonable doubt that the assailant in February was the accused. Ms. Pawliw had not witnessed the February incident and her *K.G.B.* statement provided no first-hand evidence of those allegations. Accordingly, the trial judge acquitted Mr. Devine of the charge in relation to the February incident.

[7] Mr. Devine appealed on two grounds. First, he argued that the trial judge erred in admitting

dans la chambre d'hôtel, elle a donné une description très détaillée de l'agresseur, jusqu'aux vêtements qu'il portait. Cette description correspond à l'apparence physique de l'accusé. Dans le contexte de cette petite ville et compte tenu de la manière dont la déclaration a été prise, je conclus qu'il est hautement improbable qu'elle ait pu faire la description qu'elle a faite, de la manière dont elle l'a faite dans sa déclaration, sans émettre de réserves quant à l'identification, si elle ne pouvait pas identifier l'agresseur. Je conclus que cette explication, donnée durant son témoignage, constituait une manœuvre pour éviter d'identifier l'accusé alors qu'elle se trouvait à la barre des témoins. [par. 33]

[5] Le juge du procès a conclu que la déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw était admissible suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire. L'exigence de la nécessité était remplie puisque M<sup>me</sup> Pawliw était incapable ou refusait d'identifier l'agresseur au procès. Pour ce qui est du seuil de fiabilité, le juge du procès a noté que la déclaration avait été enregistrée — sur bande audio et sur bande vidéo. Avant que M<sup>me</sup> Pawliw fasse sa déclaration, un policier lui avait expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui avait fait prêter une forme de serment. Ces facteurs, entre autres, ont convaincu le juge du procès que la déclaration était suffisamment fiable pour être admise en preuve.

[6] Le juge du procès a déclaré M. Devine coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et de vol qualifié relativement à l'incident de novembre. Sa décision reposait principalement sur la force de la preuve d'identification obtenue de M<sup>me</sup> Pawliw. Il a également conclu que le témoignage de M. Schroeder appuyait la description faite par M<sup>me</sup> Pawliw dans sa déclaration sur la manière dont le vol qualifié et les voies de fait avaient eu lieu. Toutefois, le juge du procès ne pouvait pas être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'agresseur lors de l'incident de février était l'accusé. Madame Pawliw n'avait pas été témoin de cet incident et sa déclaration de type *K.G.B.* ne fournissait pas de preuve originale de ces allégations. Par conséquent, le juge du procès a acquitté M. Devine de l'accusation relative à l'incident de février.

[7] Monsieur Devine a invoqué deux moyens d'appel. Premièrement, il a plaidé que le juge du procès

Ms. Pawliw's *K.G.B.* statement in evidence. He conceded that the necessity requirement was met by reason of Ms. Pawliw's recantation. However, he submitted that the statement was not reliable and thus inadmissible for the truth of its contents. In particular, he argued that the significant time lapse between the first assault and the statement and the witness's admitted drug use diminished the threshold reliability of her statement. Mr. Devine further argued that the trial judge erred in law by failing to weigh the probative value of the *K.G.B.* statement against its prejudicial effect if admitted.

[8] A majority of the Court of Appeal rejected this ground of appeal, and held that the trial judge was correct to admit the statement. The majority concluded as follows:

The trial judge correctly stated the law with respect to the admissibility of KGB statements. In a careful, well reasoned judgment, he considered all the relevant factors and concluded that the statement was admissible. He did not misapprehend the evidence and applied the principles established in *R. v. K.G.B.*, [1993] 1 S.C.R. 740 . . . . While he did not specifically refer to the balancing of probative value against the prejudicial effect of admission, it is not clear that the matter was a live issue at trial and, in any event, the KGB statement was key evidence identifying the accused. Nothing in the statement suggested any undue prejudice.

((2007), 404 A.R. 81, 2007 ABCA 49, at para. 13)

[9] Berger J.A., in dissent, was of the view that the principles enunciated in *K.G.B.* did not apply in this case because Ms. Pawliw's purported identification of the accused in her police statement was "information obtained from others — others who were not before the court and whose trustworthiness was incapable of assessment" (para. 31).

[10] As a second and alternative ground of appeal, Mr. Devine argued that the verdict was

avait eu tort d'admettre en preuve la déclaration de type *K.G.B.* faite par M<sup>me</sup> Pawliw. Il a admis que l'exigence de la nécessité avait été remplie du fait de la rétractation de M<sup>me</sup> Pawliw. Toutefois, il a soutenu que la déclaration n'était pas fiable et était donc inadmissible pour établir la véracité de son contenu. Il a plaidé plus particulièrement que, d'une part, le long délai entre la première agression et la déclaration et, d'autre part, la consommation de drogue avouée par le témoin ramenaient la déclaration en deçà du seuil de fiabilité exigé. Monsieur Devine a aussi plaidé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de soupeser la valeur probante de la déclaration de type *K.G.B.* en regard de son effet préjudiciable si elle était admise en preuve.

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté ce moyen d'appel et ont statué que le juge du procès avait eu raison d'admettre la déclaration en preuve. Ils ont conclu en ces termes :

[TRADUCTION] Le juge du procès a bien énoncé le droit relatif à l'admissibilité des déclarations de type KGB. Dans un jugement minutieux et bien motivé, il a considéré tous les facteurs pertinents et a conclu que la déclaration était admissible. Il n'a pas mal saisi la preuve et il a appliqué les principes établis dans *R. c. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740 [. . .] Bien qu'il n'ait pas explicitement mentionné l'appréciation de la valeur probante en regard de l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve, il n'est pas certain que la question ait été en litige au procès et, de toute façon, la déclaration de type KGB était un élément de preuve clé pour identifier l'accusé. Rien dans la déclaration ne laissait croire à l'existence d'un préjudice indu.

((2007), 404 A.R. 81, 2007 ABCA 49, par. 13)

[9] Le juge Berger, dissident, était d'avis que les principes énoncés dans *K.G.B.* ne s'appliquaient pas en l'espèce parce que la prétendue identification de l'accusé par M<sup>me</sup> Pawliw dans sa déclaration à la police était [TRADUCTION] « de l'information obtenue d'autres personnes — des personnes qui ne se trouvaient pas devant le tribunal et dont on ne pouvait évaluer la sincérité » (par. 31).

[10] Comme deuxième moyen d'appel et à titre subsidiaire, M. Devine a plaidé que le verdict était

unreasonable. He submitted that the trial judge failed to properly consider the ultimate reliability of the *K.G.B.* statement once it was admitted, citing the witness's admitted drug use, her character, the delay, lack of corroboration, and inconsistencies between the complainants' testimony at trial and her *K.G.B.* statement as factors which tended to diminish the statement's ultimate reliability.

[11] The majority rejected this ground of appeal as well. While there were reasons to be concerned about the identification evidence, the trial judge considered the relevant factors, properly assessed the evidence and, as the finder of fact, concluded that the evidence satisfied him beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. As such, there was no basis upon which to interfere with the verdict.

[12] Berger J.A. disagreed, concluding as follows (at para. 35):

The KGB statement should have been excluded. If properly admitted, it should not have been relied upon. The trial judge made clear that the witness's KGB statement was essential if a conviction were to be recorded. Without the benefit of that statement, the verdict rendered is one that a properly instructed jury, acting judicially, could not have reasonably pronounced. The verdict is unreasonable and not supported by the evidence. No jury acting reasonably could fail to have a doubt: *R. v. Corbett*, [1975] 2 S.C.R. 275 . . . at 282; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168 . . . at 185; and *R. v. Davis* (1995), 165 A.R. 243 . . . (C.A.), at paras. 9-13.

## 2. Analysis

### 2.1 *Admissibility of the K.G.B. Statement*

[13] The first question which divided the Court of Appeal below is whether Ms. Pawliw's identification of the accused was itself hearsay. As this Court confirmed in *K.G.B.*, a prior inconsistent statement can only be admitted for the truth of its contents under the principled approach if the evidence

déraisonnable. Il a soutenu que le juge du procès avait omis de considérer adéquatement la fiabilité ultime de la déclaration de type *K.G.B.* une fois qu'elle a été admise en preuve. Il a cité la consommation de drogue avouée par le témoin, ses mœurs, le délai écoulé depuis l'agression, l'absence de corroboration ainsi que les incohérences entre le témoignage du plaignant au procès et la déclaration de type *K.G.B.* du témoin comme des facteurs qui tendaient à réduire la fiabilité ultime de la déclaration.

[11] Les juges majoritaires ont également rejeté ce moyen d'appel. Même s'il existait des raisons de se méfier de la preuve d'identification, le juge du procès a considéré les facteurs pertinents, il a bien évalué la preuve et, en tant que juge des faits, il a conclu que la preuve le convainquait hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Il n'existait donc aucun motif de modifier le verdict.

[12] Le juge Berger n'était pas d'accord, concluant en ces termes, au par. 35 :

[TRADUCTION] La déclaration de type KGB aurait dû être exclue. Si elle avait été admise à bon droit, il n'aurait pas fallu s'appuyer sur elle. Le juge du procès a clairement indiqué que la déclaration de type KGB était essentielle pour pouvoir inscrire un verdict de culpabilité. Sans cette déclaration, le verdict rendu est un verdict qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait pas pu raisonnablement prononcer. Le verdict est déraisonnable et il n'est pas appuyé par la preuve. Aucun jury agissant raisonnablement ne pourrait ne pas avoir de doute : *R. c. Corbett*, [1975] 2 R.C.S. 275 [. . .] p. 282; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168 [. . .] p. 185; et *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243 [. . .] par. 9-13.

## 2. Analyse

### 2.1 *L'admissibilité de la déclaration de type K.G.B.*

[13] La première question qui a divisé la Cour d'appel était celle de savoir si l'identification de l'accusé par M<sup>me</sup> Pawliw était elle-même du ouï-dire. Comme la Cour l'a confirmé dans *K.G.B.*, une déclaration antérieure incompatible ne peut être admise pour établir la véracité de son contenu

contained in the statement would be admissible through the witness's testimony at trial (*K.G.B.*, at p. 784). Therefore, Ms. Pawliw's identification evidence can only be admitted under the principled approach if the identification was not itself based on hearsay. This principle was reiterated more recently in *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28, at para. 75:

It is also clear that the principled exception applies only to hearsay evidence that would otherwise be admissible through the direct testimony of the declarant, had the declarant been available and competent to testify at trial: *B. (K.G.)*, at p. 784; *Hawkins*, at para. 69. There is no issue that if Darlene had been available and competent to testify at trial, she would have been able to offer the evidence through direct testimony. Although any direct testimony about David Couture's statements made to her would itself constitute hearsay, admissions from an accused fall within a well-recognized exception to the hearsay rule. Further, since Darlene is not a person in authority, no special burden is required.

[14] If Ms. Pawliw testified at trial that someone told her that Mr. Devine was the assailant, her testimony would constitute inadmissible hearsay unless the statement could be shown to fall within a recognized hearsay exception. Here, however, the trial judge rejected the contention that Ms. Pawliw's prior identification of the assailant was based on what others had told her, concluding instead that she was trying to avoid identifying Mr. Devine at trial. This finding of credibility is entitled to deference. Moreover, the trial judge explicitly concluded that the identification was based on Ms. Pawliw's own observations. In my view, there is no reason to interfere with these findings. I will now consider whether the trial judge was correct to admit Ms. Pawliw's statement under the principled approach to hearsay.

## 2.2 *The Principled Approach*

[15] Ms. Pawliw's statement does not fall within any of the traditional exceptions to the hearsay

suisant la méthode d'analyse raisonnée que lorsque la preuve qu'elle contient eût été admissible si son auteur l'avait présentée de vive voix à l'audience (*K.G.B.*, p. 784). Par conséquent, la preuve d'identification émanant de M<sup>me</sup> Pawliw ne peut être admise suivant la méthode d'analyse raisonnée que si l'identification n'était pas elle-même fondée sur du oui-dire. Ce principe a été réitéré plus récemment dans l'arrêt *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28, par. 75 :

Il est également clair que l'exception raisonnée ne vise que la preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admissible au moyen du témoignage direct du déclarant, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès : *B. (K.G.)*, p. 784; *Hawkins*, par. 69. Il ne fait aucun doute que si Darlene avait été disponible et habile à témoigner au procès, elle aurait pu présenter la preuve en témoignant de vive voix. Certes, tout témoignage direct de sa part sur les déclarations que lui a faites David Couture constituerait en soi du oui-dire, mais les aveux d'un accusé relèvent d'une exception bien connue à la règle du oui-dire. En outre, Darlene n'étant pas une personne en situation d'autorité, aucun fardeau particulier ne s'applique.

[14] Si M<sup>me</sup> Pawliw avait affirmé au procès que quelqu'un lui avait dit que M. Devine était l'agresseur, son témoignage aurait été inadmissible parce que constituant du oui-dire, à moins qu'il ait pu être démontré que la déclaration relevait d'une exception reconnue à la règle du oui-dire. Toutefois, en l'espèce, le juge du procès a rejeté l'argument selon lequel l'identification antérieure de l'agresseur par M<sup>me</sup> Pawliw était fondée sur les dires de quelqu'un d'autre, concluant plutôt qu'elle tentait d'éviter d'identifier M. Devine au procès. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion sur la crédibilité. Qui plus est, le juge du procès a explicitement conclu que l'identification était fondée sur les observations de M<sup>me</sup> Pawliw elle-même. À mon avis, il n'y a aucune raison de modifier ces conclusions. Je vais maintenant examiner la justesse de la décision du juge du procès d'admettre en preuve la déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire.

## 2.2 *La méthode d'analyse raisonnée*

[15] La déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw ne relève d'aucune exception traditionnelle à la règle du



rule. The question is therefore whether the statement meets the twin criteria of necessity and reliability.

### 2.2.1 Necessity

[16] It is conceded that the necessity criterion is made out. As this Court noted in *K.G.B. and R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, necessity does not depend on the unavailability of the witness:

As we know, the Court ultimately ruled in *B. (K.G.)*, and the principle is now well established, that necessity is not to be equated with the unavailability of the witness. The necessity criterion is given a flexible definition. In some cases, such as in *B. (K.G.)* where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the testimony, not the witness.

(*Khelawon*, at para. 78 (underlining added))

[17] Before turning to the question of threshold reliability, however, it may be useful to recall briefly why Ms. Pawliw's statement constitutes hearsay even though she is present to be cross-examined, because at first blush this notion appears counter-intuitive. Recalling why this statement constitutes hearsay will also serve to highlight the dangers of admitting the evidence in its hearsay form: *Khelawon*, at paras. 57-58.

[18] When the witness repeats or adopts an earlier out-of-court statement in court, under oath or solemn affirmation, no hearsay issue arises. The statement itself is not evidence; rather, the testimony is the evidence and it can be tested in the usual way by observing the witness and subjecting him or her to cross-examination. The hearsay issue does arise, however, when the witness does not repeat or adopt the information contained in the out-of-court statement and the statement itself is tendered for the truth of its contents. In these circumstances, the trier of fact is asked to accept the out-of-court statement over the sworn testimony of the witness. Given the usual premium placed on the value of in-court testimonial evidence, a serious issue arises as to whether it is at all necessary

ouï-dire. La question est donc de savoir si la déclaration satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité.

### 2.2.1 La nécessité

[16] Tous concèdent que le critère de la nécessité est rempli. Comme la Cour l'a souligné dans les arrêts *K.G.B.* et *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57, la nécessité ne tient pas à la non-disponibilité du témoin :

Comme nous le savons, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a statué en fin de compte — et ce principe est maintenant bien établi — que la nécessité ne saurait être assimilée à la non-disponibilité du témoin. Le critère de la nécessité reçoit une définition souple. Dans certains cas, comme dans l'affaire *B. (K.G.)* où un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du témoignage et non du témoin.

(*Khelawon*, par. 78 (je souligne))

[17] Toutefois, avant d'aborder la question du seuil de fiabilité, il peut être utile de rappeler brièvement pourquoi la déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw constitue du ouï-dire même si elle est présente pour être contre-interrogée parce que, à première vue, cette idée semble paradoxale. Le fait de rappeler pourquoi cette déclaration constitue du ouï-dire permettra aussi de mettre en lumière les dangers qu'il y a à admettre la preuve sous sa forme relatée : *Khelawon*, par. 57-58.

[18] Lorsque, devant le tribunal, le témoin réitère ou adopte — sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle — une déclaration extrajudiciaire antérieure, aucune question de ouï-dire ne se pose. Ce n'est pas la déclaration elle-même qui constitue un élément de preuve, mais plutôt le témoignage, qui peut être vérifié de la façon habituelle en observant le témoin et en lui faisant subir un contre-interrogatoire. Toutefois, la question du ouï-dire se pose lorsque le témoin ne réitère pas ou n'adopte pas le contenu de la déclaration extrajudiciaire, et que la déclaration elle-même est présentée pour établir la véracité de son contenu. Dans ces circonstances, on demande au juge des faits de retenir la déclaration extrajudiciaire plutôt que le témoignage sous serment du témoin. Étant donné

to introduce the statement. In addition, the reliability of that statement becomes crucial.

[19] It may be readily appreciated, however, that 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 in assessing the out-of-court statement is the reason why it falls within the definition of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. It follows, however, that 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.

[20] Here, the trier of fact is invited to consider and accept Ms. Pawliw's prior identification of Mr. Devine for its truth, despite the fact that she testified in court under oath that she does not have any personal knowledge of the identity of the assailant — she was simply told that it was Mr. Devine. This Court stressed in *K.G.B.* that where the hearsay evidence is a prior inconsistent statement, reliability is a “key concern” (at pp. 786-87):

The reliability concern is sharpened in the case of prior inconsistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, 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, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence. [Emphasis added.]

[21] I will now consider whether Ms. Pawliw's statement possesses a “comparable standard of

qu'on privilégie habituellement le témoignage offert à l'audience, il faut se poser l'importante question de savoir s'il est vraiment nécessaire de présenter la déclaration. De plus, la fiabilité de cette déclaration devient cruciale.

[19] Cependant, on peut aisément comprendre que, même si la raison d'être de la règle d'exclusion générale n'est peut-être pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle demeure la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. Cette difficulté explique pourquoi la déclaration extrajudiciaire est visée par la définition du oui-dire et assujettie à la règle d'exclusion générale. Cependant, il s'ensuit que cette 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 enregistrement fidèle de la déclaration.

[20] En l'espèce, le juge des faits était invité à considérer et à accepter l'identification préalable de M. Devine par M<sup>me</sup> Pawliw en vue d'en établir la véracité, même si, devant le tribunal, elle a affirmé sous la foi du serment qu'elle n'avait pas une connaissance directe de l'identité de l'agresseur — on lui aurait simplement dit qu'il s'agissait de M. Devine. Dans *K.G.B.*, la Cour a souligné que, lorsque la preuve par oui-dire est une déclaration antérieure incompatible, la fiabilité est une « préoccupation fondamentale » (p. 787) :

Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de oui-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, 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 autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* 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. [Je souligne.]

[21] J'examinerai maintenant la question de savoir si la déclaration de M<sup>me</sup> Pawliw satisfait à

reliability” so as to warrant its admission in evidence under the principled approach to hearsay.

### 2.2.2 Threshold Reliability

[22] Since the central concern underlying the rule against hearsay is the inability to test the evidence, it follows that the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this difficulty is sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. The reliability requirement is usually met in one of two ways, which are not mutually exclusive. “One way is to show that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about. . . . Another way of fulfilling the reliability requirement is to show that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested” (*Khelawon*, at paras. 62-63).

[23] Although the two bases are not mutually exclusive, in cases where the declarant is available to be cross-examined, the focus will necessarily be on the latter. As this Court explained in *Khelawon* (at para. 76):

The most important contextual factor in *B. (K.G.)* is the availability of the declarant. Unlike the situation in *Khan* or *Smith*, the trier of fact is in a much better position to assess the reliability of the evidence because the declarant is available to be cross-examined on his or her prior inconsistent statement. The admissibility inquiry into threshold reliability, therefore, is not so focussed on the question whether there is reason to believe the statement is true, as it is on the question whether the trier of fact will be in a position to rationally evaluate the evidence. The search is for adequate substitutes for the process that would have been available had the evidence been presented in the usual way, namely through the witness, under oath or affirmation, and subject to the scrutiny of contemporaneous cross-examination.

une « norme de fiabilité comparable » qui justifierait son admission en preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire.

### 2.2.2 Le seuil de fiabilité

[22] Comme l’impossibilité de vérifier la preuve constitue la préoccupation majeure sous-jacente à la règle interdisant le ouï-dire, l’exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où cette difficulté est suffisamment surmontée pour justifier l’admission de la preuve à titre d’exception à la règle d’exclusion générale. Il y a deux manières — qui ne s’excluent pas mutuellement — de satisfaire à l’exigence de fiabilité. « Une manière consiste à démontrer 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. [ . . . ] Une autre manière de satisfaire à l’exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées » (*Khelawon*, par. 62-63).

[23] Bien que les deux fondements ne soient pas mutuellement exclusifs, dans les cas où le déclarant est disponible pour être contre-interrogé, l’examen portera nécessairement sur le dernier. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Khelawon*, au par. 76 :

Le facteur contextuel le plus important dans l’arrêt *B. (K.G.)* est la disponibilité du déclarant. Contrairement à la situation dans l’affaire *Khan* ou l’affaire *Smith*, le juge des faits est beaucoup mieux en mesure d’apprécier la fiabilité de la preuve parce que le déclarant est disponible pour être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure incompatible. Par conséquent, l’examen du seuil de fiabilité applicable en matière d’admissibilité ne porte pas tant sur la question de savoir s’il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d’apprécier rationnellement la preuve. Il faut chercher des substituts adéquats au processus qui aurait été disponible si la preuve avait été présentée de la façon habituelle, à savoir par l’entremise du témoin qui vient déposer sous la foi du serment ou d’une affirmation solennelle et qui subit un contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration est faite.

[24] Indeed, in any case, as this Court stated in *Couture*, there is an advantage to first considering whether there are adequate substitutes for testing the evidence (at para. 87):

Although there are no hard and fast rules about the manner of conducting the hearsay admissibility inquiry, there are good reasons to look first at whether there are adequate substitutes for testing the evidence. The presence or absence of adequate substitutes is usually more easily ascertainable. Further, whenever the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact. Recall the facts in *Hawkins* where the witness had given contradictory versions under oath. There was certainly no basis to admit the hearsay evidence on the ground that it was inherently trustworthy. The evidence was admitted on the sole basis that there were ample substitutes for testing the evidence: it was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. The Court therefore did not engage in any threshold assessment of the trustworthiness of the preliminary hearing testimony itself.

[25] Here, there was no contemporaneous cross-examination as in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, but the *K.G.B.* requirements were found by the trial judge to have been complied with: the statement was videotaped and recorded, and before Ms. Pawliw gave her statement, a police officer explained the seriousness of making the statement, the possible consequences of giving a false statement, and administered a form of oath. These factors were identified in *K.G.B.* as the general attributes of in-court testimony that provide the usual safeguards of reliability (pp. 795-96). In the words of *K.G.B.*, together with the availability of the declarant for cross-examination, these attributes bring "the prior statement to a comparable standard of reliability" such that the statement can be "admitted as substantive evidence" (p. 787).

[24] En effet, dans toute affaire, comme la Cour l'a affirmé dans *Couture*, il y a un avantage à d'abord se demander s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve (par. 87) :

Même s'il n'existe pas de règle simple et rigide sur la façon de décider de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, il existe de bonnes raisons de déterminer en premier lieu s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'existence ou l'absence de tels moyens est généralement assez facile à établir. De plus, lorsqu'il est satisfait à l'exigence de la fiabilité parce que le juge des faits dispose de suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de s'enquérir davantage de la véracité probable de la déclaration. Cette tâche revient en fin de compte entièrement au juge des faits. Rappelons les faits dans *Hawkins*, où le témoin avait donné des versions contradictoires sous serment. Il ne fait aucun doute que rien ne permettait d'admettre la preuve par ouï-dire au motif qu'elle était fiable en soi. La preuve a été admise pour le seul motif qu'il existait d'autres moyens largement suffisants de la vérifier : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment même, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. La Cour n'a donc pas procédé à une appréciation préliminaire de la fiabilité du témoignage même recueilli à l'enquête préliminaire.

[25] En l'espèce, la déclarante n'a pas été contre-interrogée au moment même de la déclaration comme dans l'affaire *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, mais le juge du procès a conclu qu'il avait été satisfait aux exigences énoncées dans *K.G.B.* : la déclaration a été enregistrée sur bande audio et sur bande vidéo et, avant que M<sup>me</sup> Pawliw ne fasse sa déclaration, un policier lui a expliqué la gravité de la déclaration ainsi que les conséquences éventuelles d'une fausse déclaration, et il lui a fait prêter une forme de serment. Ces facteurs ont été identifiés dans l'arrêt *K.G.B.* comme les caractéristiques générales d'un témoignage en cour qui offrent les garanties habituelles de fiabilité (p. 795-796). Comme il est dit dans l'arrêt *K.G.B.*, en plus de la disponibilité du déclarant pour un contre-interrogatoire, ces caractéristiques font en sorte que « la déclaration antérieure [est] soumise à une norme de fiabilité comparable » qui lui permet d'être « admis[e] quant au fond » (p. 787).

[26] 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). As this Court explained in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 46:

The first factor contributing to reliability is the cross-examination of the witness. 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. However, where a witness does not recall making an earlier statement, or refuses to answer questions, the trial judge should take into account that this may impede the jury’s ability to assess the ultimate reliability of the statement.

[27] For example, in *R. v. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123, the accused pointed to the trial judge’s finding that the *K.G.B.* factors were all present to support his argument that the witness’s police statement should be admitted under the principled approach to hearsay. A unanimous Court of Appeal rejected this argument, noting that “it is clear that the most important of these three, namely the opportunity for cross-examination, existed only notionally because while Malloway was present in the courtroom, there was no real opportunity to test her account because of her inability to recall what she saw, or to say that what she had said previously was true” (para. 65). A similar conclusion was reached in *R. v. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2. The Court of Appeal in that case concluded (at para. 17):

In this case, any “full opportunity to cross-examine” was completely frustrated. There was no meaningful comparison between different accounts because Mason denied any knowledge of the facts, apart from a grudging concession that he had given a statement to the police, which he asserted was completely false.

[26] 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). Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 46 :

Le premier facteur contribuant à la fiabilité est le contre-interrogatoire du témoin. 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. Toutefois, lorsqu’un témoin ne se rappelle pas avoir fait une déclaration antérieure, ou refuse de répondre à des questions, le juge du procès devrait tenir compte du fait que cela peut empêcher le jury d’évaluer la fiabilité ultime de la déclaration.

[27] Par exemple, dans l’affaire *R. c. Post* (2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123, l’accusé a invoqué la conclusion du juge du procès selon laquelle les facteurs énoncés dans l’arrêt *K.G.B.* étaient tous son argument que la déclaration du témoin aux policiers devait être admise en preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire. À l’unanimité, les juges de la Cour d’appel ont rejeté cet argument, faisant remarquer qu’il [TRADUCTION] « est clair que le plus important de ces trois facteurs, soit l’occasion de contre-interroger, n’existait qu’en théorie : en effet, bien que M<sup>me</sup> Malloway ait été présente dans la salle d’audience, il n’y avait eu aucune occasion véritable de vérifier son récit puisqu’elle était incapable de se rappeler ce qu’elle avait vu, ou d’affirmer que ce qu’elle avait dit auparavant était vrai » (par. 65). Le tribunal est arrivé à une conclusion semblable dans l’affaire *R. c. N. (T.G.)* (2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2. Dans cette affaire, la Cour d’appel a conclu, au par. 17 :

[TRADUCTION] En l’espèce, la « possibilité voulue de contre-interroger » a été complètement éliminée. Il n’y a eu aucune comparaison sérieuse entre les divers récits parce que M. Mason a nié toute connaissance des faits, mis à part une concession du bout des lèvres qu’il avait fait, aux policiers, une déclaration qu’il a qualifiée de complètement fausse.

[28] Here, although Ms. Pawliw recanted her identification of Mr. Devine at trial, there was a meaningful opportunity to test her evidence through cross-examination. Ms. Pawliw testified under oath that at the time she gave her statement, she was aware of the seriousness of the statement and told the truth to the best of her ability. The trial judge was able to assess the witness's demeanour, and gave a detailed account of her evasiveness and reluctance to identify Mr. Devine in the courtroom. He concluded by stating as follows (at para. 41):

I have reviewed the manner of Ms. Pawliw giving evidence on the stand and compared it to the straightforward manner in which she described the incident, and Mr. Devine's involvement, when she gave the KGB statement to the police. I conclude that she was trying to avoid identifying the accused from the witness stand and is trying to distance herself on the witness stand from any identification of the accused.

There is no reason to disturb the trial judge's finding in this regard.

[29] Since I have concluded that there is a sufficient basis for assessing the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. The other indicia of reliability argued by Mr. Devine need only be considered in assessing the ultimate reliability of the statement.

### 2.2.3 Application of the Exclusionary Discretion

[30] Even where the criteria of necessity and reliability have been met, the remaining question that may arise in certain circumstances is whether the trial judge should exercise his or her discretion and refuse to admit the statement on the ground that its prejudicial effect exceeds its probative value. For example, in *K.G.B.*, Lamer C.J. recognized the trial judge's discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement, even where the criteria outlined in that decision are satisfied, when there is a concern that the statement may be the product of some form of investigatory misconduct (pp. 801-2; *Khelawon*, at para. 81). There may

[28] En l'espèce, bien que, lors du procès, M<sup>me</sup> Pawliw ait rétracté son identification de M. Devine, il existait une possibilité réelle de vérifier son témoignage en la contre-interrogeant. Madame Pawliw a affirmé sous serment qu'elle était consciente de la gravité de sa déclaration au moment où elle l'avait faite et qu'elle s'était efforcée de dire la vérité. Le juge du procès a été en mesure d'évaluer le comportement du témoin et a fait un compte-rendu détaillé de son attitude évasive et de sa réticence à identifier M. Devine dans la salle d'audience. Il a conclu en ces termes, au par. 41 :

[TRADUCTION] J'ai examiné la manière dont M<sup>me</sup> Pawliw a livré son témoignage à la barre et je l'ai comparée à la manière directe dont elle avait décrit l'incident, et la participation de M. Devine, lorsqu'elle a fait sa déclaration de type KGB aux policiers. Je conclus qu'elle tentait d'éviter d'identifier l'accusé à l'audience et qu'elle tente de se distancier, à la barre, de toute identification de l'accusé.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge du procès à cet égard.

[29] Puisque j'ai conclu qu'il y a un fondement suffisant pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de vérifier davantage si elle est susceptible d'être véridique. L'examen des autres indices de fiabilité plaidés par M. Devine ne sera requis que pour l'évaluation de la fiabilité ultime de la déclaration.

### 2.2.3 L'application du pouvoir discrétionnaire d'exclusion

[30] Même lorsqu'il a été satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, une question peut subsister dans certaines situations, soit celle de savoir si le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre la déclaration au motif que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Par exemple, dans *K.G.B.*, le juge en chef Lamer a reconnu le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond, même dans le cas où les critères mentionnés dans cet arrêt sont respectés, s'il y a à craindre que la déclaration soit le produit d'une forme d'inconduite

also be other circumstances which would warrant the exercise of the trial judge's residual discretion, however, no such circumstances were present here. In my view, the Court of Appeal was correct to conclude that the trial judge did not err in failing to refer explicitly to the balancing of probative value against prejudicial effect.

### 2.3 Reasonableness of the Verdict

[31] Mr. Devine submits that the trial judge's verdict is not one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered (see *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168). In particular, he argues that Ms. Pawliw's identification evidence was insufficient to ground a conviction. I agree with the majority in the Court of Appeal that the quality of the identification evidence was not ideal, and that it would have been preferable for Ms. Pawliw to have identified the assailant from a photo line-up. I am unable to conclude, however, that this renders the verdict unreasonable. Ms. Pawliw's identification evidence was capable of supporting the trial judge's finding that Mr. Devine was the assailant. The trial judge properly assessed the evidence and concluded that he was satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. I would therefore not accede to this ground of appeal.

### 3. Disposition

[32] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Fix & Smith, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

de la part des enquêteurs (p. 801-802; *Khelawon*, par. 81). D'autres circonstances pourraient justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en omettant de mentionner expressément l'appréciation de la valeur probante en regard de l'effet préjudiciable.

### 2.3 Le caractère raisonnable du verdict

[31] Monsieur Devine fait valoir que le verdict du juge du procès n'est pas un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement prononcer (voir *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168). Il plaide plus particulièrement que la preuve d'identification présentée par M<sup>me</sup> Pawliw était insuffisante pour fonder une condamnation. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que la qualité de la preuve d'identification n'était pas idéale et qu'il aurait été préférable que M<sup>me</sup> Pawliw identifie l'agresseur lors d'une séance d'identification à l'aide de photos. Toutefois, je ne puis conclure que le verdict est déraisonnable pour autant. La preuve d'identification présentée par M<sup>me</sup> Pawliw pouvait étayer la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Devine était l'agresseur. Le juge du procès a correctement évalué la preuve et a conclu qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Je ne ferais donc pas droit à ce moyen d'appel.

### 3. Dispositif

[32] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant : Fix & Smith, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Leucherin Blackman** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. BLACKMAN****Neutral citation: 2008 SCC 37.**

File No.: 31885.

2007: December 10; 2008: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled approach to hearsay rule — Victim making statements to his mother in weeks leading up to his death which provided support for Crown's theory at trial that accused had motive to kill him — Trial judge admitting victim's out-of-court statements under principled approach to hearsay — Accused convicted of first-degree murder — Whether out-of-court statements should have been admitted.*

The accused was charged with first degree murder following the shooting death of E. The shooting took place in April 2001. The Crown's theory at trial was that the accused shot E in retaliation for a previous incident in which E had stabbed the accused. The Crown further alleged that the accused, together with two other men, had tried unsuccessfully to kill E two months before the fatal shooting. A *voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by E to his mother in the weeks leading up to his death. In these statements, E told his mother that he had stabbed a man following a dispute over a pool debt in July 2000 and that he had been shot outside a strip club in February 2001 by three men, the "guys whom he had the problem with" in July 2000. At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled that the statements were admissible. At the end of a long trial, the accused was convicted of first degree murder by the jury. The majority of the Court of Appeal concluded that E's statements were properly admitted under the principled approach to hearsay and upheld the accused's conviction. The dissenting judge

**Leucherin Blackman** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. BLACKMAN****Référence neutre : 2008 CSC 37.**

N° du greffe : 31885.

2007 : 10 décembre; 2008 : 26 juin.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Approche raisonnée de la règle du oui-dire — Déclarations faites par la victime à sa mère dans les semaines précédant sa mort venant appuyer la théorie du ministère public au procès selon laquelle l'accusé avait un mobile pour tuer la victime — Admission par le juge du procès des déclarations extrajudiciaires de la victime selon l'approche raisonnée en matière de oui-dire — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Les déclarations extrajudiciaires auraient-elles dû être admises?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré après la mort par balle de E. La fusillade a eu lieu en avril 2001. Au procès, le ministère public a soutenu que l'accusé avait tiré sur E en représailles d'un incident antérieur au cours duquel celui-ci l'avait poignardé. Le ministère public a en outre allégué que l'accusé et deux autres hommes avaient tenté de tuer E deux mois avant la fusillade mortelle. On a tenu un *voir-dire* sur l'admissibilité des déclarations faites par E à sa mère dans les semaines précédant sa mort. Dans ces déclarations, E a dit à sa mère qu'il avait poignardé un homme en juillet 2000 par suite d'une dispute relative à une dette de billard et que trois hommes, « les gars avec qui il avait eu un problème » en juillet 2000, avaient tiré sur lui à l'extérieur d'un bar de danseuses nues en février 2001. À l'issue du *voir-dire*, le juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations. Au terme d'un long procès, le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel à la majorité a conclu que les déclarations de E avaient à bon droit été admises en preuve selon l'approche raisonnée en matière de



found that the trial judge did not apply the proper test in determining the threshold reliability of the evidence and would have set aside the conviction and ordered a new trial. The sole issue in this appeal as of right is the admissibility of E's statements.

*Held:* The appeal should be dismissed.

E's statements are admissible under the principled approach to hearsay. The Crown has established the twin criteria of necessity and reliability on a balance of probabilities. Necessity is made out of E's death. The reliability criterion is usually met by showing that sufficient trust can be put in the truth and accuracy of the statements because of the way in which they came about, or by showing that in the circumstances the ultimate trier of fact will be in a position to sufficiently assess their worth. In this case, the Court of Appeal was divided more particularly on whether the trial judge erred by applying the wrong test and in his approach to the question of motive and the mother's evidence. The trial judge must start from the premise that hearsay statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness sufficient to displace the general exclusionary rule. Otherwise, the trial judge risks falling into error by reversing the onus. Here, the trial judge applied the correct test. Although his comments about there being nothing "inherently unreliable" about the statements are cause for concern, these concerns are sufficiently alleviated when the comments are read in context. In addition, it is apparent from a reading of the ruling in its entirety that the trial judge relied on relevant factors in admitting the statements. The trial judge's ruling was reasonable and supported by the evidence and is therefore entitled to deference. [33-35] [38] [52]

The focus of the admissibility inquiry in all cases must be on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. Motive, however, is but one factor to consider in determining threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. In this case, there was circumstantial evidence to support the inference that E had no motive to lie to his mother. The trial judge considered the relevant factors in determining whether

ouï-dire et a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. La juge dissidente a estimé que le juge du procès n'avait pas appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité de la preuve et elle aurait annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. La seule question qui se pose en l'espèce porte sur l'admissibilité des déclarations de E.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations de E sont admissibles selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire. Le ministère public a établi, selon la prépondérance des probabilités, le double critère de la fiabilité et de la nécessité. Le critère de la nécessité est rempli du fait de la mort de E. De façon générale, on satisfait au critère de la fiabilité en démontrant qu'on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude des déclarations compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été faites ou que les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. En l'espèce, les juges de la Cour d'appel étaient divisés quant à la question de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère et a adopté la bonne approche quant aux questions du mobile et du témoignage de la mère. Le juge siégeant en première instance doit partir du principe que les déclarations relatées sont présumées inadmissibles et chercher alors des indices de fiabilité suffisants pour écarter la règle d'exclusion générale. Autrement, il risque de commettre une erreur en inversant le fardeau de la preuve. En l'espèce, le juge du procès a appliqué le bon critère. Certes, ses remarques selon lesquelles rien dans les déclarations n'est « intrinsèquement non fiable » posent problème, mais, si elles sont interprétées dans leur contexte, les préoccupations qu'elles soulèvent sont suffisamment atténuées. De plus, il ressort de l'ensemble de la décision que le juge du procès s'est appuyé sur des facteurs pertinents pour admettre les déclarations. Sa décision est raisonnable et elle est étayée par la preuve. Elle commande donc la déférence. [33-35] [38] [52]

Lors de l'examen de l'admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. L'existence d'un motif n'est toutefois qu'un des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. En l'espèce, une preuve circonstancielle permettait d'inférer que E n'avait pas de motif pour mentir à sa mère. Le juge du procès a considéré les

E had a motive to fabricate, including the nature of the relationship between E and his mother and the context in which the statements were made. His approach reveals no error. In the absence of any error in principle, or a finding that the trial judge's decision is unreasonable or unsupported by the evidence, there is no basis to interfere with his weighing of the various factors. [42-43] [46]

While there were inconsistencies in the mother's evidence and there was also evidence that she had received information from others about the stabbing incident, the trial judge was correct in finding that the difficulties with her evidence were matters properly left to the ultimate trier of fact, because she was available to be cross-examined at trial. The triers of fact were therefore in a position to fully assess the truthfulness and accuracy of her testimony. [47] [50]

In appropriate circumstances, a corroborative item of evidence can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. However, trial judges must be aware of the limited role they play in determining admissibility. It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*. The *voir dire* must remain focussed on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits. [55-57]

#### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; **explained:** *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; **referred to:** *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28; *R. v. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531.

#### Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Simmons and Cronk J.J.A.) (2006), 84 O.R. (3d) 292, 218 O.A.C. 291, 215 C.C.C. (3d) 524, [2006] O.J. No. 5041 (QL),

facteurs pertinents pour déterminer si E avait un motif de fabrication, y compris la nature de sa relation avec sa mère et le contexte des déclarations. Son approche ne révèle aucune erreur. En l'absence d'erreur de principe ou de conclusion que sa décision est déraisonnable ou non étayée par la preuve, il n'y a aucune raison de revoir la manière dont il a apprécié les différents facteurs. [42-43] [46]

Certes, le témoignage de la mère comportait des incohérences et il ressortait également de la preuve qu'elle avait reçu d'autres personnes des renseignements sur l'agression à coups de couteau, mais le juge du procès a eu raison de décider qu'il vaut mieux laisser au juge des faits le soin de trancher les questions liées aux difficultés que présente le témoignage de la mère, car celle-ci était disponible pour être contre-interrogée au procès. Le juge des faits était donc en mesure d'évaluer pleinement la véracité et l'exactitude de son témoignage. [47] [50]

Lorsque les circonstances s'y prêtent, il est possible de prendre en compte un élément de preuve corroborant pour apprécier le seuil de fiabilité d'une déclaration. Les juges de première instance doivent toutefois être conscients du rôle limité qu'ils jouent lorsqu'ils se prononcent sur l'admissibilité. Il est essentiel pour assurer l'intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du voir-dire sur l'admissibilité. Celui-ci doit demeurer centré sur la preuve par ouï-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond. [55-57]

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; **arrêt expliqué :** *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57; **arrêts mentionnés :** *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28; *R. c. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

#### Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Simmons et Cronk) (2006), 84 O.R. (3d) 292, 218 O.A.C. 291, 215 C.C.C. (3d) 524, [2006] O.J. No. 5041 (QL),

2006 CarswellOnt 8085, upholding a conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

*C. Leslie Maunder and Mark Halfyard, for the appellant.*

*Jennifer M. Woollcombe, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] Leucherin Blackman appeals from his conviction for first degree murder in respect of the death of 18-year-old George Ellison. The sole issue on this appeal is the admissibility of certain statements made by the deceased to his mother, Gwendolyn Freckleton, which provide support for the Crown's theory that Mr. Blackman had a motive to kill Mr. Ellison. This Court is asked to decide whether the statements were properly admitted for the truth of their contents under the principled approach to hearsay.

[2] Mr. Blackman was charged with first degree murder following the shooting death of Mr. Ellison. The shooting took place in April 2001 at a busy after-hours nightclub in Toronto. The Crown's theory at trial was that Mr. Blackman shot Mr. Ellison in retaliation for a July 2000 incident in which Mr. Ellison stabbed Mr. Blackman outside a sports bar in the Oakwood and Vaughan Road area of Toronto. The Crown further alleged that Mr. Blackman, together with two other men, tried unsuccessfully to kill Mr. Ellison outside a strip club two months before the fatal shooting.

[3] *A voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by Mr. Ellison to his mother in the weeks leading up to his death. The

2006 CarswellOnt 8085, qui a confirmé une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*C. Leslie Maunder et Mark Halfyard, pour l'appelant.*

*Jennifer M. Woollcombe, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[1] Leucherin Blackman se pourvoit contre la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre lui par suite de la mort de George Ellison, alors âgé de 18 ans. La seule question qui se pose en l'espèce porte sur l'admissibilité de certaines déclarations que le défunt a faites à sa mère, Gwendolyn Freckleton, et qui appuient la théorie du ministère public selon laquelle M. Blackman avait un mobile pour tuer M. Ellison. La Cour est appelée à décider si les déclarations ont été admises à juste titre comme preuve de la véracité de leur contenu selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire.

[2] Monsieur Blackman a été accusé de meurtre au premier degré après la mort par balle de M. Ellison. La fusillade a eu lieu en avril 2001 dans une boîte de nuit clandestine très fréquentée de Toronto. Au procès, le ministère public a soutenu que M. Blackman avait tiré sur M. Ellison en représailles d'un incident survenu en juillet 2000 au cours duquel celui-ci l'avait poignardé à l'extérieur d'un bar sportif dans le secteur de l'avenue Oakwood et du chemin Vaughan, à Toronto. Le ministère public a en outre allégué que M. Blackman et deux autres hommes avaient tenté de tuer M. Ellison à l'extérieur d'un bar de danseuses nues deux mois avant la fusillade mortelle.

[3] Le juge du procès a tenu un voir-dire sur l'admissibilité des déclarations faites par M. Ellison à sa mère dans les semaines précédant sa mort. Le

Crown adduced evidence that Mr. Ellison told Ms. Freckleton that he stabbed a man following a dispute over a pool debt in July 2000. He also told his mother that he was shot outside a strip club in February 2001 by two black men and a white man, “the guys whom he had the problem with at Vaughan Road who he stabbed”. The two black men were brothers, he indicated, and the one who shot Mr. Ellison was “[t]he black one. Not the one that he stabbed.”

[4] At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled that Mr. Ellison’s statements to his mother were admissible. Mr. Blackman did not testify at trial. Following a 30-day trial before judge and jury, Mr. Blackman was convicted of first degree murder. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed. The court was divided, however, on the question of the admissibility of Mr. Ellison’s out-of-court statements. Cronk J.A. (MacPherson J.A. concurring) concluded that Mr. Ellison’s statements were properly admitted at trial under the principled approach to hearsay. Simmons J.A., in dissent, was not satisfied that the trial judge applied the correct test in determining the threshold reliability of the evidence. In particular, Simmons J.A. was of the view that the trial judge erred in his approach on the question of motive to lie, placed too much significance on the statements being against Mr. Ellison’s interest, and relied too heavily on the fact that Ms. Freckleton was available to be cross-examined to ameliorate the concerns about Mr. Ellison’s truthfulness. Accordingly, Simmons J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial. Mr. Blackman appeals to this Court as of right, relying mainly on the same points raised by Simmons J.A.

[5] For the reasons that follow, I would not interfere with the trial judge’s ruling. Accordingly, I would dismiss the appeal.

ministère public a présenté des éléments de preuve indiquant que M. Ellison a dit à M<sup>me</sup> Freckleton qu’il avait poignardé un homme en juillet 2000 par suite d’une dispute relative à une dette de billard. Il a aussi confié à sa mère que deux hommes de race noire et un homme de race blanche — [TRADUCTION] « les gars avec qui il avait eu un problème sur le chemin Vaughan, dont celui qu’il avait poignardé », avaient tiré sur lui à l’extérieur d’un bar de danseuses nues en février 2001. Il a mentionné que les deux hommes de race noire étaient frères et que le tireur était [TRADUCTION] « [l]e Noir. Pas celui qu’il avait poignardé. »

[4] À l’issue du *voir-dire*, le juge du procès a conclu que les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère étaient admissibles. Monsieur Blackman n’a pas témoigné au procès. Au terme d’un procès de 30 jours devant juge et jury, M. Blackman a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté son appel. Elle était toutefois divisée sur la question de l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires de M. Ellison. La juge Cronk (avec l’appui du juge MacPherson) a conclu que les déclarations de celui-ci avaient à bon droit été admises en preuve au procès selon l’approche raisonnée en matière de *voir-dire*. La juge Simmons, dissidente, n’était pas convaincue que le juge du procès avait appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité de la preuve. En particulier, elle estimait qu’il n’avait pas adopté la bonne approche pour décider si le déclarant avait un motif pour mentir et qu’il avait accordé trop d’importance au fait que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison et trop de poids au fait que M<sup>me</sup> Freckleton pouvait être contre-interrogée, ce qui permettrait d’atténuer les doutes au sujet de la sincérité de M. Ellison. Par conséquent, la juge Simmons aurait accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Monsieur Blackman se pourvoit de plein droit devant la Cour, se fondant principalement sur les points soulevés par la juge Simmons.

[5] Pour les motifs qui suivent, je ne modifierais pas la décision du juge du procès. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Background

[6] Mr. Blackman was charged with first degree murder following the shooting death of 18-year-old George Ellison. The shooting took place in April 2001 at a busy after-hours nightclub in Toronto. At approximately 3:40 a.m. on the night in question, four black males approached Peter Keene, the operator of the nightclub, and asked him to unlock the front door so they could leave. After he unlocked the door, the men lingered in the entranceway. Mr. Keene overheard one member of the group say “[s]ee him there.” Shortly thereafter, one of the men pulled a gun from the waistband of his pants and fired several shots. Mr. Ellison was hit by the gunfire and died before the police and ambulance arrived. The shooter escaped.

[7] Identification was the primary issue at trial. Mr. Keene, who was standing approximately three feet away from the four men when the shooting took place, identified Mr. Blackman as the shooter. When Mr. Keene called 911 shortly after the shooting, he told the authorities that he recognized the individual who shot Mr. Ellison and could identify him. Three days later, Mr. Keene viewed a photo line-up and immediately identified Mr. Blackman as the assailant. Mr. Keene stated that he had known the person in the photo for a “couple of years” and said “[w]ell I see him all the time. . . . I see him all about.” Mr. Keene also identified Mr. Blackman as the shooter at trial.

[8] The Crown’s theory was that Mr. Blackman shot Mr. Ellison in retaliation for a July 2000 incident in which Mr. Ellison stabbed Mr. Blackman outside a sports bar in the Oakwood and Vaughan Road area of Toronto. The Crown further alleged that Mr. Blackman, together with two other men, tried unsuccessfully to kill Mr. Ellison outside a strip club two months before the fatal shooting. The Crown relied on the following evidence to link these two previous incidents to the fatal shooting.

## 2. Contexte

[6] Monsieur Blackman a été accusé de meurtre au premier degré à la suite de la mort par balle de George Ellison, alors âgé de 18 ans. La fusillade a eu lieu en avril 2001 dans une boîte de nuit clandestine très fréquentée de Toronto. La nuit en question, vers 3 h 40, quatre hommes de race noire ont demandé à Peter Keene, l’exploitant de la boîte de nuit, de déverrouiller la porte principale pour qu’ils puissent partir. Une fois la porte déverrouillée, ils se sont attardés dans l’entrée et M. Keene a entendu l’un d’eux dire : [TRADUCTION] « Regardez, c’est lui là-bas. » Peu après, l’un des hommes a sorti une arme qu’il portait à la ceinture et a tiré plusieurs coups de feu. Monsieur Ellison a été touché et il est mort avant l’arrivée des policiers et des ambulanciers. Le tireur a pris la fuite.

[7] L’identification de l’accusé était la principale question en litige au procès. Monsieur Keene, qui se trouvait à environ trois pieds des quatre hommes au moment de la fusillade, a identifié M. Blackman comme étant le tireur. Lorsqu’il a appelé le 911 peu après la fusillade, il a déclaré aux autorités qu’il avait reconnu le tireur et qu’il était en mesure de l’identifier. Trois jours plus tard, il a regardé une série de photos et a tout de suite désigné M. Blackman comme étant l’agresseur. Il a affirmé connaître la personne sur la photo depuis [TRADUCTION] « quelques années » et a ajouté : « En fait, je le vois tout le temps. [ . . . ] Je le croise souvent. » Au procès, il a de nouveau identifié M. Blackman comme étant le tireur.

[8] Selon la thèse du ministère public, M. Blackman a tiré sur M. Ellison en représailles d’un incident survenu en juillet 2000 au cours duquel celui-ci l’a poignardé à l’extérieur d’un bar sportif dans le secteur de l’avenue Oakwood et du chemin Vaughan, à Toronto. Le ministère public a également soutenu que M. Blackman et deux autres hommes avaient tenté de tuer M. Ellison à l’extérieur d’un bar de danseuses nues deux mois avant la fusillade mortelle. Il s’est appuyé sur la preuve décrite ci-après pour rattacher ces deux événements à la fusillade fatale.

## 2.1 *The Stabbing Incident in July 2000*

[9] Ling Gao was working at the Piazza Sports Bar on Vaughan Road in July 2000. Ms. Gao stated that, on the date of the alleged stabbing, a group of teenagers were playing pool, including a young man named George (Mr. Ellison's given name). She asked the group to leave because they were making too much noise. At some point that afternoon, she was aware of two teenagers fighting outside.

[10] Just before 6:00 p.m., Mr. Blackman was stabbed outside the Piazza Sports Bar. He flagged down a police car and told the officers that someone had stabbed him. Mr. Blackman stated that he was unable to identify his assailant and refused to give a statement to the police.

[11] Ms. Gao testified at trial that several months later, when she read about Mr. Ellison's death in the newspaper, she recognized the deceased in the picture as one of the teenagers who was playing pool at the sports bar on the date of the stabbing.

## 2.2 *The Previous Attempt on Mr. Ellison's Life in February 2001*

[12] In February 2001, Mr. Ellison was attacked outside a strip club and received a superficial bullet wound to the head. He managed to escape and flagged down a police car. The police officer who was driving the vehicle testified that Mr. Ellison was obviously very frightened. He told the officer that he had been attacked by five black men in dark clothing.

[13] After he was taken to the hospital, Mr. Ellison provided a statement to the police. Mr. Ellison said that he was approached by two black males and a white male outside the strip club. The white male was carrying a gun and one of the black men was carrying a knife. The men attacked Mr. Ellison and the white male shot him. After the police officer read the statement back to Mr. Ellison, he asked

## 2.1 *L'agression à coups de couteau en juillet 2000*

[9] Ling Gao travaillait au bar Piazza Sports sur le chemin Vaughan en juillet 2000. Madame Gao a déclaré que, le jour de l'agression à coups de couteau alléguée, un groupe d'adolescents, dont un jeune homme nommé George (prénom de M. Ellison), jouaient au billard. Elle leur a demandé de partir parce qu'ils étaient trop bruyants. À un moment donné cet après-midi-là, elle a aussi vu deux adolescents se battre à l'extérieur.

[10] Peu avant 18 h, M. Blackman a été poignardé à l'extérieur du bar Piazza Sports. Il a fait signe à une voiture de police de s'arrêter et il a déclaré aux agents que quelqu'un l'avait poignardé. Il a dit ne pas pouvoir identifier son agresseur et a refusé de faire une déclaration à la police.

[11] Dans son témoignage au procès, M<sup>me</sup> Gao a déclaré que, plusieurs mois plus tard, lorsqu'elle a lu l'article de journal sur le décès de M. Ellison, elle a reconnu le défunt sur la photo comme étant l'un des adolescents qui jouaient au billard au bar sportif le jour de l'agression à coups de couteau.

## 2.2 *Le premier attentat à la vie de M. Ellison en février 2001*

[12] En février 2001, M. Ellison a été agressé à l'extérieur d'un bar de danseuses nues et il a subi une blessure superficielle par balle à la tête. Il a réussi à s'enfuir et il a fait signe à une voiture de police de s'arrêter. Le policier qui était au volant du véhicule a témoigné que M. Ellison était visiblement très effrayé. Selon M. Ellison, cinq hommes de race noire portant des vêtements foncés l'avaient attaqué.

[13] Une fois à l'hôpital, M. Ellison a fait une déclaration à la police. Il a indiqué que deux hommes de race noire et un homme de race blanche l'avaient abordé à la sortie du bar de danseuses nues. L'homme de race blanche portait une arme à feu et l'un des hommes de race noire, un couteau. Ils ont attaqué M. Ellison et l'homme de race blanche a fait feu sur lui. Le policier a relu

Mr. Ellison to sign it. Instead of signing his name, Mr. Ellison wrote the words “[k]ill me” at the bottom of the statement. When asked to explain what he meant by this, Mr. Ellison indicated that the men were going to kill him.

[14] The Crown adduced evidence at trial that after the murder, nine fired cartridge casings were recovered from the nightclub. A firearms expert examined the casings along with six spent cartridge casings found near the strip club where Mr. Ellison was shot in February 2001. The expert concluded that the cartridge casings from both incidents originated from the same gun.

### 2.3 *Statements by the Deceased to His Mother*

[15] The Crown sought to introduce evidence linking Mr. Blackman to the previous attempt on Mr. Ellison’s life in the form of statements made by the deceased to his mother, Ms. Freckleton, in the weeks leading up to his death. Ms. Freckleton was available to testify at Mr. Blackman’s trial. However, on the *voir dire* to determine the admissibility of the proposed evidence, both counsel were content to proceed with the hearing on the basis of a videotaped statement given by Ms. Freckleton to the police and a transcript of her evidence on the *voir dire* at Mr. Blackman’s preliminary inquiry. The Crown also called two police officers to give evidence about an informal statement made by Ms. Freckleton to the police on the morning of her son’s murder.

[16] There were a number of inconsistencies in the various statements given by Ms. Freckleton about the precise content and timing of the statements allegedly made to her by her son. However, the gist of her evidence was that Mr. Ellison told her after the February 2001 incident that there were three assailants and that the shooter was the brother of the person he stabbed the summer before over a debt arising from a pool game. As she put it in her videotaped statement, Ms. Freckleton received a call from Mr. Ellison, who was at the

la déclaration à M. Ellison et lui a demandé de la signer. Au lieu de signer son nom, M. Ellison a écrit [TRADUCTION] « [t]uez-moi » au bas de la déclaration. Interrogé sur les raisons pour lesquelles il avait écrit ces mots, il a répondu que les hommes en question allaient le tuer.

[14] Au procès, le ministère public a présenté une preuve établissant que neuf douilles tirées avaient été retrouvées dans la boîte de nuit après le meurtre. Un expert en armes à feu les a comparées aux six autres douilles trouvées près du bar de danseuses nues où M. Ellison a été blessé par balle en février 2001. L’expert a conclu que les douilles recueillies sur les lieux des deux événements provenaient de la même arme.

### 2.3 *Les déclarations du défunt à sa mère*

[15] En vue d’établir un lien entre M. Blackman et le premier attentat à la vie de M. Ellison, le ministère public a cherché à présenter en preuve des déclarations que le défunt a faites à sa mère, M<sup>me</sup> Freckleton, dans les semaines précédant sa mort. Madame Freckleton était disponible pour témoigner au procès de M. Blackman. Toutefois, lors du *voir-dire* visant à déterminer l’admissibilité de la preuve proposée, les deux avocats ont accepté de s’en tenir à une déclaration, enregistrée sur bande magnétoscopique, que M<sup>me</sup> Freckleton avait faite à la police, et à la transcription de son témoignage lors du *voir-dire* tenu pendant l’enquête préliminaire de M. Blackman. Le ministère public a aussi appelé deux policiers à témoigner au sujet d’une déclaration informelle que M<sup>me</sup> Freckleton a faite à la police le matin du meurtre de son fils.

[16] Les divers témoignages de M<sup>me</sup> Freckleton comportaient un certain nombre d’incohérences quant au contenu exact des déclarations que son fils lui aurait faites et quant au moment précis où elles ont été formulées. Toutefois, d’après l’essentiel de son témoignage, M. Ellison lui avait dit après l’événement de février 2001 qu’il y avait trois agresseurs et que le tireur était le frère de la personne qu’il avait poignardée l’été précédent par suite d’une dette de billard. Selon sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique, M<sup>me</sup> Freckleton a reçu un appel

hospital because he had been shot outside a strip club by two black men and a white man, “the guys whom he had the problem with at Vaughan Road who he stabbed”. The two black men were brothers, he indicated, and the one who shot Mr. Ellison was “[t]he black one. Not the one that he stabbed.” She also stated that “[t]he one that he stabbed had a knife. But the – the – the brother had a gun.” When Ms. Freckleton asked him why he would not go to the police, he told her that the man he stabbed did not “tell” on him so he would not “inform on the guy”.

[17] In her testimony at the preliminary hearing, Ms. Freckleton was also questioned about her ongoing relationship with her son. She stated that she and Mr. Ellison were at odds over his relationship with “Stammer”, a man who was known in the community to use young people to “push drugs” for him. She also stated that, on two occasions, she contacted the police following disputes with her son. On one such occasion, she asked Mr. Ellison to move out of the house, which he did. The police report documenting the incident stated that Ms. Freckleton “was frustrated with having to put up with George and his disrespectful attitude and unruly behaviour”.

[18] Since there was nothing in Mr. Ellison’s statements to his mother revealing the identity of the person he had stabbed or the three men involved in the February 2001 shooting incident, Campbell J. sought direction from counsel during the *voir dire* on what evidence there was, if any, linking the proposed evidence to Mr. Blackman. Although there was no direct evidence about who had stabbed Mr. Blackman, the Crown informed the court that it was in evidence that Mr. Blackman was in fact stabbed in the Vaughan Road and Oakwood area in July 2000. Therefore, Crown counsel submitted that the trier of fact would be asked to infer from the evidence at trial about this stabbing incident that Mr. Ellison was referring to Mr. Blackman in

de M. Ellison, qui se trouvait à l’hôpital parce que deux hommes de race noire et un homme de race blanche avaient tiré sur lui à l’extérieur d’un bar de danseuses nues, [TRADUCTION] « les gars avec qui il avait eu un problème sur le chemin Vaughan, dont celui qu’il avait poignardé ». Il a indiqué que les deux hommes de race noire étaient frères et que le tireur était [TRADUCTION] « [l]e Noir. Pas celui qu’il avait poignardé ». Elle a aussi déclaré que [TRADUCTION] « [c]elui qu’il avait poignardé avait un couteau. Mais le – le – le frère avait une arme. » Quand M<sup>me</sup> Freckleton lui a demandé pourquoi il ne voulait pas alerter la police, il lui a répondu que l’homme qu’il avait poignardé ne l’avait pas [TRADUCTION] « dénoncé »; alors, il ne [TRADUCTION] « le dénoncerait » pas non plus.

[17] Lors de son témoignage à l’enquête préliminaire, M<sup>me</sup> Freckleton a également été interrogée à propos de sa relation avec son fils. Elle a déclaré qu’ils étaient en désaccord sur la relation qu’il entretenait avec « Stammer », un homme qui avait la réputation dans la communauté d’utiliser des jeunes pour [TRADUCTION] « vendre de la drogue ». Elle a aussi mentionné avoir appelé la police à deux occasions à la suite de querelles avec son fils. Une fois, elle a demandé à celui-ci de quitter la maison, ce qu’il a fait. Il est indiqué dans le rapport de police décrivant l’incident que M<sup>me</sup> Freckleton [TRADUCTION] « était fatiguée d’avoir à supporter George ainsi que son comportement irrespectueux et son indiscipline ».

[18] Étant donné que rien dans les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère ne permettait d’identifier la personne qu’il avait poignardée ou les trois hommes impliqués dans la fusillade de février 2001, pendant le *voir-dire* le juge Campbell a demandé aux avocats de lui indiquer quelle preuve, le cas échéant, permettrait d’établir un lien entre la preuve proposée et M. Blackman. Il n’existait aucune preuve directe quant à la personne qui avait poignardé M. Blackman, mais le ministère public a informé le tribunal que, selon la preuve, M. Blackman a été bel et bien poignardé dans le secteur du chemin Vaughan et de l’avenue Oakwood en juillet 2000. Le ministère public a donc fait valoir que le juge des faits serait invité à



his statements to his mother when he spoke of the person he had stabbed and stated that this person had not told on him to the police.

### 3. The Trial Judge's Ruling on Admissibility

[19] Campbell J. began his analysis by reviewing the frailties in Ms. Freckleton's evidence. He noted that there was confusion regarding certain aspects of her testimony. He also noted that her recollection of what she was told by her son may have been mixed with the many rumours she had heard in the community about the events. However, the trial judge concluded that these concerns were only relevant to the ultimate reliability of the statements and could be tested by way of cross-examination.

[20] The trial judge then considered the necessity criterion for admitting hearsay statements under the principled approach. He had no difficulty concluding that necessity was supplied by Mr. Ellison's death.

[21] Turning to threshold reliability, the trial judge stated that "the declarant's statement to his mother was not made under inherently unreliable circumstances". He concluded that there was nothing "inherently unreliable" about a young man who had just been shot telling his mother about the shooting and the events that precipitated it. Although Mr. Ellison might have minimized the incident to calm his mother down, the information he conveyed to her would not have done so. In fact, he had nothing to gain by recounting this story to his mother. The trial judge concluded that it would be against Mr. Ellison's interest to provide his mother with the information he did. Moreover, it was consistent with the "code of silence" in the neighbourhood that the deceased told his mother more information than he told the police.

tirer de la preuve au procès concernant cette agression à coups de couteau l'inférence suivante : dans ses déclarations à sa mère, M. Ellison parlait de M. Blackman lorsqu'il était question de l'individu qu'il avait poignardé et du fait que ce dernier ne l'avait pas dénoncé à la police.

### 3. La décision du juge du procès sur la question de l'admissibilité

[19] Le juge Campbell a commencé son analyse en examinant les faiblesses du témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton. Il a fait remarquer que certains aspects de son témoignage comportaient des incohérences. Il a aussi indiqué qu'il était possible qu'elle confonde ce que son fils lui avait dit avec les nombreuses rumeurs qui circulaient dans la communauté sur les événements. Il a toutefois conclu que ces préoccupations n'avaient des incidences que sur la fiabilité ultime (ou fiabilité en dernière analyse) des déclarations et qu'on pouvait y répondre en procédant à un contre-interrogatoire.

[20] Le juge du procès a ensuite examiné le critère de la nécessité pour l'admission, selon l'approche raisonnée, des déclarations relatées. Il n'a eu aucune difficulté à conclure que la nécessité était établie du fait de la mort de M. Ellison.

[21] Pour ce qui est du seuil de fiabilité, le juge du procès a statué que [TRADUCTION] « les déclarations de la victime à sa mère n'avaient pas été faites dans des circonstances intrinsèquement non fiables ». Selon lui, il n'y avait rien d'« intrinsèquement non fiable » dans le fait qu'un jeune homme, qui venait d'être atteint d'un coup de feu, raconte à sa mère les circonstances de la fusillade et les événements qui y ont donné lieu. Certes, M. Ellison aurait pu minimiser l'incident pour calmer sa mère, mais tel ne pouvait être le cas compte tenu des renseignements qu'il lui a donnés. En fait, il n'avait rien à gagner en racontant cette histoire à sa mère. Le juge du procès a conclu qu'il était contre l'intérêt de M. Ellison de fournir à sa mère les renseignements en question. De plus, le fait que le défunt en dise davantage à sa mère qu'aux policiers correspondait à la [TRADUCTION] « loi du silence » qui régnait dans le quartier.

[22] With respect to the timing of the alleged statements, Campbell J. again noted that there was some ambiguity as to when the statements were made. However, he concluded that even if Mr. Ellison's statements were made several weeks after the shooting outside the strip club, "having regard to the unusual and attention-focusing nature of the event", the statements were sufficiently contemporaneous "to provide some measure of reliability".

[23] The trial judge noted that Mr. Ellison's general veracity, lifestyle problems and criminal record were relevant only to the ultimate reliability of the statements. However, Campbell J. did consider Mr. Ellison's propensity to be untruthful with his mother in determining threshold reliability. He concluded that although Mr. Ellison's untruthfulness with Ms. Freckleton detracted from the reliability of the statements, it was "not conclusive". He was satisfied that the concerns regarding Mr. Ellison's specific veracity to his mother and any possible motives to lie could be tested "at least indirectly" by cross-examining Ms. Freckleton.

[24] Finally, the trial judge rejected the defence's argument that without evidence that it was Mr. Ellison who stabbed Mr. Blackman, Mr. Ellison's statement was irrelevant. He concluded that it was too early to say that there was no evidence linking the deceased to the stabbing of the accused, and that it would ultimately be a matter for the jury to decide. He noted that the evidence could not be said to be "of trifling value, in an allegation of a revenge shooting such as this", and that the jury should have as much relevant evidence as possible regarding the events that preceded the killing. Campbell J. held that the probative value of the statements outweighed their prejudicial effect and ruled that all statements made by Mr. Ellison to his mother were admissible under the principled exception to the rule against hearsay.

[22] Le juge Campbell a encore une fois fait remarquer qu'il y avait une certaine ambiguïté quant au moment où les déclarations auraient été faites. Il a toutefois conclu que, même si les déclarations de M. Ellison avaient été faites plusieurs semaines après la fusillade survenue à l'extérieur du bar de danseuses nues, elles étaient suffisamment contemporaines, [TRADUCTION] « compte tenu de la nature inhabituelle et frappante de l'événement, [. . .] pour présenter une certaine fiabilité ».

[23] Le juge du procès a indiqué que la crédibilité générale de M. Ellison, les problèmes liés à son mode de vie et son dossier criminel touchaient uniquement la fiabilité ultime des déclarations. Il a toutefois tenu compte de la propension de M. Ellison à mentir à sa mère pour déterminer le seuil de fiabilité. Il a conclu que, même si le manque de sincérité de M. Ellison envers M<sup>me</sup> Freckleton a terni la fiabilité de ses déclarations, ce n'était [TRADUCTION] « pas concluant ». Il était convaincu qu'il était possible de vérifier, [TRADUCTION] « du moins indirectement », en contre-interrogatoire, si M. Ellison disait habituellement la vérité à sa mère et s'il avait des motifs pour mentir.

[24] Enfin, le juge du procès a rejeté l'argument de la défense que la déclaration de M. Ellison n'était pas pertinente sans la preuve que celui-ci avait bel et bien poignardé M. Blackman. Il a jugé prématuré de conclure qu'il n'existait aucune preuve établissant un lien entre le défunt et l'agression à coups de couteau subie par l'accusé et qu'ultimement il reviendrait au jury de se prononcer sur la question. Il a fait remarquer que la valeur probante de la preuve ne pouvait être jugée [TRADUCTION] « insignifiante dans le contexte d'une allégation de fusillade commise par vengeance comme celle-ci » et que le jury devrait disposer d'une preuve aussi complète que possible au sujet des événements qui avaient précédé le meurtre. Le juge Campbell a conclu que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable et que toutes les déclarations faites par M. Ellison à sa mère étaient admissibles selon l'exception raisonnée à la règle interdisant le ouï-dire.

4. Court of Appeal for Ontario (2006), 215 C.C.C. (3d) 524

[25] Mr. Blackman appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario (MacPherson, Simmons and Cronk J.J.A.). He argued that the trial judge erred in his instructions to the jury on eyewitness identification and in admitting Mr. Ellison's out-of-court statements. The court was unanimous in rejecting the first ground of appeal and the sole remaining issue concerned the admissibility of the deceased's statements.

[26] Mr. Blackman argued that the trial judge erred in concluding that Mr. Ellison's statements were sufficiently reliable to be admitted in evidence. He also argued that the statements' prejudicial effect outweighed their probative value. In support of his position, Mr. Blackman advanced two principal submissions. First, he contended that by focusing the analysis on whether Mr. Ellison's statements were "inherently unreliable", the trial judge applied the wrong legal test and shifted the onus to the accused to prove that Mr. Ellison had a motive to lie to his mother, rather than placing the onus on the Crown to show that Mr. Ellison had no motive to lie. He submitted that this was the same type of reversible error identified by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199. Second, Mr. Blackman submitted that the trial judge erred by failing to treat Ms. Freckleton's credibility and reliability as relevant to the threshold reliability analysis.

[27] Cronk J.A., writing for herself and MacPherson J.A., rejected both submissions. She concluded that, while the trial judge may have mis-spoken, a reading of his ruling as a whole showed that he applied the correct legal test and did not commit any error on the question of motive as alleged. Further, Cronk J.A. was of the view that the trial judge properly considered the factors surrounding Mr. Ellison's statements which substantially

4. Cour d'appel de l'Ontario (2006), 215 C.C.C. (3d) 524

[25] Monsieur Blackman a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Simmons et Cronk). Il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury sur l'identification par témoin oculaire et en admettant les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison. La cour a rejeté à l'unanimité le premier moyen d'appel et la seule question qui restait à trancher portait sur l'admissibilité des déclarations du défunt.

[26] Monsieur Blackman a soutenu que le juge du procès avait eu tort de conclure que les déclarations de M. Ellison étaient suffisamment fiables pour être admises en preuve. Il a également fait valoir que leur effet préjudiciable l'emportait sur leur valeur probante. Il a avancé deux principaux arguments à l'appui de sa position. Premièrement, il affirme qu'en centrant l'analyse sur la question de savoir si les déclarations de M. Ellison étaient « intrinsèquement non fiables », le juge du procès a appliqué le mauvais critère juridique et déplacé le fardeau de la preuve sur l'accusé, de sorte qu'il incombait à celui-ci de prouver que M. Ellison avait un motif pour mentir à sa mère, et non au ministère public de prouver que M. Ellison n'avait aucune raison de mentir. À son avis, il s'agissait d'une erreur justifiant annulation du même type que celle relevée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199. Deuxièmement, M. Blackman fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en ne considérant pas la crédibilité et la fiabilité de M<sup>me</sup> Freckleton comme facteurs pertinents pour l'examen de la question du seuil de fiabilité.

[27] La juge Cronk, en son nom et en celui du juge MacPherson, a rejeté les deux arguments. Selon elle, bien que le juge du procès ait pu mal s'exprimer, il ressortait de l'ensemble de sa décision qu'il avait appliqué le bon critère juridique et qu'il n'avait pas commis l'erreur reprochée quant à la question du motif. De plus, elle estimait que le juge du procès avait bien tenu compte des facteurs entourant les déclarations de M. Ellison,

negated the possibility of inaccuracy and fabrication. She also found that the trial judge was alive to the weaknesses in Ms. Freckleton's evidence, but correctly concluded that Ms. Freckleton's credibility was irrelevant to threshold reliability.

[28] Simmons J.A., writing in dissent, took issue with the majority's finding that the reasons as a whole showed that the trial judge applied the proper test for admitting statements under the principled approach. She concluded that the trial judge erred when he found that Mr. Ellison's apparent lack of motive to fabricate supported the threshold reliability of his statements. Since there was no evidence of a motive to fabricate, motive to lie was not a factor which tended to establish the reliability of the statement, but was rather a neutral factor in assessing threshold reliability. Simmons J.A. also held that the trial judge erred by placing too much significance on the statements being against Mr. Ellison's interest. Finally, Simmons J.A. noted that the "major hearsay danger" in the case was Mr. Ellison's veracity (para. 112). The fact that the recipient of the hearsay statement was available to be cross-examined could not mitigate this danger because there was evidence that Mr. Ellison was not always truthful with his mother. Simmons J.A. was not persuaded that the relative contemporaneity of the statements ameliorated the concerns about Mr. Ellison's truthfulness. She would have allowed the appeal, set aside Mr. Blackman's conviction, and ordered a new trial.

## 5. Analysis

[29] The most basic principle of our law of evidence is that, as a general rule, any information that is relevant to an issue in the case may be admitted in evidence. Put differently, evidence may only be admitted if it relates logically to an issue in the case. Without this relationship, the proposed

qui écartent essentiellement la possibilité que la déclaration relatée soit inexacte ou fausse. À son avis, également, le juge du procès était conscient des lacunes que comportait le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton, mais il a conclu à juste titre que sa crédibilité n'était pas un facteur à considérer pour déterminer le seuil de fiabilité.

[28] La juge Simmons, dissidente, était en désaccord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle, prise dans son ensemble, la décision du juge du procès permettait de conclure qu'il avait appliqué le bon critère pour admettre les déclarations selon l'approche raisonnée. Elle a estimé que le juge du procès avait eu tort d'affirmer que l'absence apparente de motif de la part de M. Ellison pour mentir jouait un rôle favorable dans l'établissement du seuil de fiabilité de ses déclarations. Faute de preuve d'un motif de fabrication, la question des raisons ayant pu inciter le déclarant à mentir n'était pas un facteur qui tendait à établir la fiabilité de la déclaration, mais plutôt un facteur neutre dans l'appréciation du seuil de fiabilité. La juge Simmons a aussi conclu que le juge du procès avait commis une erreur en accordant trop d'importance au fait que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison. Enfin, elle a indiqué qu'en l'espèce le [TRADUCTION] « principal danger du oui-dire » touchait la sincérité de M. Ellison (par. 112). Le fait que la personne ayant reçu la déclaration relatée puisse être contre-interrogée ne pouvait atténuer ce danger parce qu'il avait été démontré que M. Ellison ne disait pas toujours la vérité à sa mère. La juge Simmons n'était pas convaincue que la contemporanéité relative des déclarations permettait d'atténuer les doutes quant à la sincérité de M. Ellison. Elle aurait accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité de M. Blackman et ordonné un nouveau procès.

## 5. Analyse

[29] Le principe le plus fondamental de notre droit de la preuve est que, de façon générale, tout renseignement pertinent se rapportant à une question en litige est admissible en preuve. En d'autres termes, une preuve ne peut être admise que s'il existe un lien logique entre l'élément de preuve et

evidence, regardless of whether it is in hearsay form or not, has no probative value and is therefore inadmissible. Given this cardinal principle, the trial judge rightly inquired into the relevance of the out-of-court statements during the *voir dire*. Indeed, if the evidence is not relevant, there is no need to embark upon a *voir dire* at all. One of the arguments advanced by the defence at the conclusion of the *voir dire* was that there was no evidence linking the person allegedly stabbed by Mr. Ellison to the accused. Counsel argued that without such a link, Mr. Ellison's out-of-court statements were irrelevant. Although this argument was not repeated before this Court, it is an important point that merits further comment. Therefore, before addressing the issue of whether the trial judge was correct to admit Mr. Ellison's statements under the principled approach to hearsay, I will deal with the question of threshold relevance.

### 5.1 *Threshold Relevance*

[30] Relevance can only be *fully* assessed in the context of the other evidence at trial. However, as a threshold for admissibility, the assessment of relevance is an ongoing and dynamic process that cannot wait for the conclusion of the trial for resolution. Depending on the stage of the trial, the "context" within which an item of evidence is assessed for relevance may well be embryonic. Often, for pragmatic reasons, relevance must be determined on the basis of the submissions of counsel. The reality that establishing threshold relevance cannot be an exacting standard is explained by Professors D. M. Paciocco and L. Stuesser in *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 29, and, as the authors point out, is well captured in the following statement of Cory J. in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38:

To be logically relevant, an item of evidence does not have to firmly establish, on any standard, the truth or falsity of a fact in issue. The evidence must simply tend

une question faisant l'objet du litige. Sans ce lien, la preuve proposée, qu'il s'agisse ou non d'une preuve par ouï-dire, n'a aucune valeur probante et est donc inadmissible. Compte tenu de ce principe essentiel, le juge du procès a à juste titre vérifié la pertinence des déclarations extrajudiciaires pendant le voir-dire. Bien entendu, il n'y a pas lieu de procéder à un voir-dire si la preuve n'est pas pertinente. À la fin du voir-dire, la défense a notamment fait valoir qu'aucun élément de preuve n'établissait un lien entre la personne que M. Ellison aurait poignardée et l'accusé. L'avocat de l'accusé a soutenu que sans un tel lien, les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison n'étaient pas pertinentes. Bien qu'il n'ait pas repris cet argument devant la Cour, il s'agit d'un point important, qui mérite qu'on s'y attarde. Par conséquent, avant d'aborder la question de savoir si le juge du procès a eu raison d'admettre selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire les déclarations de M. Ellison, j'examinerai le critère préliminaire de la pertinence.

### 5.1 *Critère préliminaire de la pertinence*

[30] Pour évaluer *pleinement* la pertinence d'un élément de preuve, il faut tenir compte des autres éléments présentés pendant le procès. Toutefois, en tant que critère d'admissibilité, l'appréciation de la pertinence est un processus continu et dynamique dont la résolution ne peut attendre l'issue du procès. Selon l'étape du procès, le « contexte » de l'appréciation de la pertinence d'un élément de preuve peut très bien être embryonnaire. Souvent, pour des raisons pragmatiques, il faut s'appuyer sur les observations des avocats pour décider de la pertinence d'un élément de preuve. Dans *The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 29, les professeurs D. M. Paciocco et L. Stuesser expliquent pourquoi, en réalité, le critère préliminaire de la pertinence ne peut être un critère strict et, comme les auteurs le soulignent, les propos suivants du juge Cory dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38, rendent bien compte de ce point de vue :

Pour qu'un élément de preuve soit logiquement pertinent, il n'est pas nécessaire qu'il établisse fermement, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la

to “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue”.

[31] I will first consider how the out-of-court statements relate to issues in the case. It was the Crown’s theory that Mr. Ellison’s murder was in retaliation for the July 2000 stabbing of Mr. Blackman. When considered in context, the statements provide evidence that Mr. Ellison stabbed an unnamed individual with whom he was playing pool at a sports bar on Vaughan Road in July 2000. They also identify that same individual and his brother as two of three men involved in the attempt made on Mr. Ellison’s life outside the strip club in February 2001, two months before Mr. Ellison was killed. The involvement of the man stabbed by Mr. Ellison in the February 2001 shooting is significant because there is evidence that the same gun was then used in the fatal shooting in April 2001. Placing the man stabbed by Mr. Ellison at the scene of the February shooting therefore goes to the issue of motive and, in turn, to the issue of identification. It also supports the Crown’s theory that the second shooting was designed to effect the retaliation that was attempted unsuccessfully two months earlier. The statements therefore provide evidence from which it may be inferred that the murder was planned and deliberate, both required elements to make out a case for first degree murder. The out-of-court statements are therefore related to the issues of identification, motive, planning and deliberation.

[32] Mr. Ellison’s out-of-court statements are only relevant, however, if there is evidence to show that it was *the accused* who was stabbed by Mr. Ellison in July 2000, or if there is some evidence otherwise connecting the earlier incidents to Mr. Blackman. Therefore, the trial judge in this case rightly asked counsel to explain how Mr. Ellison’s statements related to the accused — without some

fausseté d’un fait en litige. La preuve doit simplement tendre à [TRADUCTION] « accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige ».

[31] J’examinerai d’abord dans quelle mesure les déclarations extrajudiciaires concernent des questions en litige dans la présente affaire. Selon la thèse du ministère public, M. Ellison a été tué en représailles de l’agression à coups de couteau dont a été victime M. Blackman en juillet 2000. Considérées dans leur contexte, les déclarations établissent qu’à cette date M. Ellison a poignardé un individu non identifié avec lequel il jouait au billard dans un bar sportif situé sur le chemin Vaughan. Elles révèlent aussi que cet individu et son frère sont deux des trois hommes ayant participé à une tentative d’attentat à la vie de M. Ellison à l’extérieur d’un bar de danseuses nues en février 2001, deux mois avant que M. Ellison ne soit tué. Il est utile de savoir que l’homme qui a été poignardé par M. Ellison était impliqué dans la fusillade de février 2001 étant donné que la preuve établit que la même arme a été utilisée lors de la fusillade fatale d’avril 2001. Le fait de situer l’homme poignardé par M. Ellison sur les lieux de la fusillade de février est une circonstance pertinente en ce qui concerne la question du mobile et donc également en ce qui concerne la question de l’identification. Il étaye en outre la thèse du ministère public que la deuxième fusillade faisait suite à l’acte de représailles qui avait échoué deux mois auparavant. Les déclarations constituent donc la preuve permettant d’inférer que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, deux éléments requis pour établir qu’il s’agit d’un meurtre au premier degré. Les déclarations extrajudiciaires se rapportent donc aux questions de l’identification, du mobile, de la préméditation et du caractère délibéré.

[32] Les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison ne sont toutefois pertinentes que si des éléments de preuve démontrent que c’est *l’accusé* qui a été poignardé par M. Ellison en juillet 2000, ou établissent autrement un lien entre les événements antérieurs et M. Blackman. Par conséquent, le juge du procès a eu raison de demander à l’avocat du ministère public d’expliquer en quoi les déclara-

link between the two, the proposed evidence was not relevant to Mr. Blackman's trial. As stated earlier, relevance as a threshold for admissibility is easily made out. After being informed by counsel that Mr. Blackman was in fact stabbed in the Vaughan Road and Oakwood area in July 2000 and that the jury would be asked to infer from all the evidence that Mr. Ellison was indeed referring to Mr. Blackman in his statements to his mother, nothing more was required. The trial judge was thus correct to reject the defence's argument on relevance on the basis that he did. He stated as follows:

Having regard to the difficulties of knowing exactly what the street witnesses will say about the Vaughan Road July stabbing, it is too early to say there is no evidence to link the deceased with the stabbing of the accused. It will be a matter for the jury to decide whether there is a link, and if so where its import may be in the overall context of the case.

## 5.2 *The Principled Approach to Hearsay*

[33] Mr. Ellison's statements clearly constitute hearsay — the Crown seeks to adduce the out-of-court statements for the truth of their contents and Mr. Ellison cannot be cross-examined on what he told his mother about the identity of the men who shot him in February 2001. Therefore, this evidence is presumptively inadmissible. Mr. Ellison's statements can only be admitted if they fall within one of the recognized exceptions to the rule against hearsay. The Court must first look to the traditional exceptions: *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15. It is undisputed that the proposed evidence does not fall under any of the traditional exceptions to the hearsay rule and that its admission is dependent upon the Crown establishing the twin criteria of reliability and necessity on a balance of probabilities.

tions de M. Ellison se rapportaient à l'accusé — en l'absence de lien entre les deux, la preuve proposée n'était pas pertinente dans le cadre du procès de M. Blackman. Comme nous l'avons vu, la pertinence, en tant que critère préliminaire d'admissibilité, peut aisément être démontrée. Il suffisait que le tribunal soit informé que M. Blackman avait été poignardé dans le secteur du chemin Vaughan et de l'avenue Oakwood en juillet 2000 et qu'on demande au jury d'inférer de l'ensemble de la preuve qu'il était effectivement question de M. Blackman dans les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère. Le juge du procès a donc eu raison de rejeter l'argument de la défense concernant la pertinence, selon les motifs exposés dans sa décision :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la difficulté de déterminer exactement ce que les témoins qui se trouvaient sur les lieux diront au sujet de l'agression à coups de couteau survenue en juillet sur le chemin Vaughan, il est prématuré de dire qu'aucun élément de preuve ne permet d'établir un lien entre le défunt et l'agression à coups de couteau perpétrée contre l'accusé. Il appartient au jury de décider si un tel lien existe et, dans l'affirmative, quelle importance il revêt dans le contexte global de l'affaire.

## 5.2 *L'approche raisonnée en matière de ouï-dire*

[33] Les déclarations de M. Ellison constituent de toute évidence du ouï-dire — le ministère public cherche à présenter les déclarations extrajudiciaires pour prouver la véracité de leur contenu et M. Ellison ne peut être contre-interrogé sur ce qu'il a dit à sa mère à propos de l'identité des hommes qui lui ont tiré dessus en février 2001. La preuve est donc présumée inadmissible. Les déclarations de M. Ellison ne peuvent être admises que si elles sont visées par l'une des exceptions à la règle du ouï-dire. L'examen de la Cour doit d'abord porter sur l'une des exceptions traditionnelles : *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15. Or, il est incontesté que la preuve proposée ne relève d'aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire et qu'elle ne peut être admise que si le ministère public établit, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle satisfait au double critère de la fiabilité et de la nécessité.

[34] Necessity is obviously made out in this case. If Mr. Ellison's statements are to be adduced at all by the Crown, they can only be presented in hearsay form because of Mr. Ellison's death. It is not uncommon that courts have had to grapple with relevant hearsay statements made by the deceased victims of crime. Indeed, some of the traditional exceptions were born out of the necessity of admitting evidence of this nature: for example, dying declarations and spontaneous statements (including statements of present mental state, statements of present sense impression, and excited utterances). The hearsay admissibility inquiry in this case therefore turns on the question of threshold reliability.

[35] The central underlying concern about the hearsay form of the proposed evidence is the inability to cross-examine Mr. Ellison on the truth and accuracy of his statements to his mother. The trial judge's role as gatekeeper is to determine whether this concern is sufficiently overcome in the circumstances of the case to justify receiving the evidence. This criterion is usually met by showing that sufficient trust can be put in the truth and accuracy of the statements because of the way in which they came about, or by showing that in the circumstances the ultimate trier of fact will be in a position to sufficiently assess their worth. The two ways of demonstrating threshold reliability are not mutually exclusive.

[36] The trial judge is well placed to determine the extent to which the hearsay dangers of a particular case are of concern and whether they can be sufficiently alleviated. Accordingly, the trial judge's ruling on admissibility, if informed by correct principles of law, is entitled to deference. The court below was divided on whether the trial judge applied the correct test in this case. As this issue impacts on the question of whether the trial judge's

[34] Il ne fait pas de doute en l'espèce que le critère de la nécessité est rempli. Étant donné que M. Ellison est mort, le ministère public doit nécessairement recourir à une preuve par ouï-dire pour soumettre ses déclarations à l'attention du tribunal. Il n'est pas rare que les tribunaux aient à examiner des déclarations relatées faites par des victimes d'un acte criminel ayant entraîné la mort. D'ailleurs, certaines des exceptions traditionnelles découlent de la nécessité d'admettre des éléments de preuve de cette nature, par exemple les déclarations de mourants et les déclarations spontanées (dont les déclarations relatives à l'état mental actuel, les déclarations relatives aux impressions du moment et les paroles prononcées sous le coup de la nervosité). En l'espèce, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire dépend plutôt du critère du seuil de fiabilité.

[35] La préoccupation majeure que soulève le fait que la preuve proposée soit une preuve par ouï-dire est l'impossibilité de contre-interroger M. Ellison quant à la véracité et à l'exactitude des déclarations qu'il a faites à sa mère. Le rôle du juge du procès en tant que gardien du système judiciaire consiste à déterminer si ce problème est suffisamment surmonté dans les circonstances pour justifier l'admission de la preuve. De façon générale, on satisfait au critère du seuil de fiabilité en démontrant qu'on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude des déclarations compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été faites ou que les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Les deux façons de démontrer qu'il a été satisfait au critère du seuil de fiabilité ne sont pas mutuellement exclusives.

[36] Le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les dangers du ouï-dire sont préoccupants dans une affaire donnée et s'ils peuvent être suffisamment atténués. Par conséquent, il faut faire preuve de déférence à l'égard du juge de première instance si sa décision sur l'admissibilité se fonde sur les principes juridiques pertinents. Les juges de la Cour d'appel étaient divisés quant à la question de savoir si le juge du procès a



ruling is entitled to deference, I will deal with it at the outset.

### 5.2.1 The Test Applied by the Trial Judge

[37] The disagreement between the majority and the dissent arises from the trial judge's repeated assertion during his oral ruling on the *voir dire* that there was nothing "inherently unreliable" about the evidence. Because hearsay statements are presumptively *inadmissible*, what he should have asked is whether there was anything inherently *reliable* about the alleged statements that would warrant their admission. Mr. Blackman argues that this language shows that the trial judge applied the wrong legal test and effectively reversed the onus. The majority was satisfied that, while the trial judge "misspoke", it was clear from a reading of the ruling as a whole that he ultimately applied the proper legal test (paras. 50-51). Simmons J.A., in dissent, was of the view that the trial judge's reasons did not demonstrate that he subsequently applied the proper test (para. 108).

[38] It is important that the trial judge start from the premise that hearsay statements are presumptively *inadmissible* and then search for indicia of trustworthiness sufficient to displace the general exclusionary rule. Otherwise, the trial judge risks falling into error by reversing the onus. Indeed, the majority of this Court concluded that such an error was effectively committed by the trial judge in *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28, at para. 85. In the present case, however, I agree with the majority in the court below. Although the comments about there being nothing "inherently unreliable" about the statements are cause for concern, these concerns are sufficiently alleviated when the comments are read in context. It is apparent from the record that the trial judge was contrasting the circumstances in which the statements were made to Ms. Freckleton with those described in a ruling

appliqué le bon critère en l'espèce. Je vais d'abord traiter de cette question étant donné qu'elle aura une incidence sur celle de savoir si la décision du juge du procès commande la déférence.

### 5.2.1 Le critère appliqué par le juge du procès

[37] Le désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d'appel découle du fait que le juge du procès a déclaré, à plusieurs reprises, dans sa décision rendue oralement au terme du voir-dire, qu'il n'y avait rien dans la preuve d'« intrinsèquement non fiable ». Comme les déclarations relatées sont présumées *inadmissibles*, ce dernier aurait dû se demander si des aspects intrinsèquement *fiabiles* des déclarations alléguées justifiaient leur admission. Monsieur Blackman fait valoir que les termes employés par le juge du procès démontrent que celui-ci a appliqué le mauvais critère juridique et qu'il a effectivement inversé le fardeau de la preuve. La majorité était convaincue que, même si le juge du procès s'est [TRADUCTION] « mal exprimé », il ressortait clairement de l'ensemble de la décision qu'il avait, en définitive, appliqué le bon critère juridique (par. 50-51). La juge Simmons, dissidente, estimait que les motifs exposés par le juge du procès ne permettaient pas de conclure qu'il avait en fin de compte appliqué le bon critère (par. 108).

[38] Il importe que le juge siégeant en première instance parte du principe que les déclarations relatées sont présumées *inadmissibles* et que par la suite il cherche des indices de fiabilité suffisants pour écarter la règle d'exclusion générale. Autrement, il risque de commettre une erreur en inversant le fardeau de la preuve. D'ailleurs, dans *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28, par. 85, la majorité de la Cour a conclu que le juge du procès avait effectivement commis une telle erreur. Toutefois, en l'espèce, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel. Certes, les remarques selon lesquelles rien dans les déclarations n'est « intrinsèquement non fiable » posent problème, mais, si elles sont interprétées dans leur contexte, les préoccupations qu'elles soulèvent sont suffisamment atténuées. Il ressort du dossier que le juge du procès mettait en contraste

he made earlier that day, in which he ruled another hearsay statement inadmissible because of the presence of “many inherent indicia of threshold unreliability”. In addition, and unlike the situation in *Couture*, it is apparent from a reading of the ruling in its entirety that the trial judge relied on relevant factors in admitting the statements. Therefore, I am satisfied that the trial judge applied the correct test. I read the balance of Simmons J.A.’s difficulties with the trial judge’s ruling as being related not so much to the question of whether he applied the correct test, but rather to his weighing of the various factors. In particular, Simmons J.A. disagreed with the majority’s view on whether the trial judge had properly considered the question of motive, an issue to which I now turn.

### 5.2.2 The Question of Motive

[39] Simmons J.A. was of the view that, much as in *Czibulka*, “the trial judge erred by founding his implicit conclusion that Ellison had no motive to fabricate on an absence of evidence of a motive to fabricate” (para. 106). In *Czibulka*, the Court of Appeal for Ontario overturned the accused’s conviction for second degree murder based on the trial judge’s failure to distinguish between an absence of evidence of motive and evidence of an absence of motive in his assessment of threshold reliability. Rosenberg J.A., in writing for the court, explained the distinction between the two concepts as follows (at para. 35):

It seems to me that it was fundamental to the trial judge’s conclusion about reliability that the deceased had “no apparent motive to lie”. In my view, however, since there was little or no evidence of the circumstances under which the letter was written, the trial judge had no evidence that the deceased had no motive to lie. The trial judge appeared to approach the question of fabrication by using the absence of evidence of fabrication to find that there was no evidence of a motive to fabricate.

les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites à M<sup>me</sup> Freckleton avec celles dont il était question dans une décision qu’il avait rendue plus tôt le même jour, où il a conclu qu’une autre déclaration relatée était inadmissible en raison de la présence de [TRADUCTION] « nombreux indices témoignant de sa non-fiabilité ». De plus, et contrairement à la situation dans *Couture*, il ressort de l’ensemble de la décision que le juge du procès s’est appuyé sur des facteurs pertinents pour admettre les déclarations. Je suis donc convaincue qu’il a appliqué le bon critère. J’estime que les autres difficultés que la juge Simmons relève dans la décision du juge du procès ne concernent pas tant la question de savoir s’il a appliqué le bon critère, mais plutôt la manière dont il a apprécié les divers facteurs. Plus particulièrement, la juge Simmons est en désaccord avec le point de vue de la majorité quant à savoir si le juge du procès a correctement examiné la question du motif, que je vais maintenant aborder.

### 5.2.2 La question du motif

[39] La juge Simmons a estimé que, tout comme dans l’arrêt *Czibulka*, [TRADUCTION] « le juge du procès a commis une erreur en fondant sur l’absence de preuve d’un motif de fabrication sa conclusion implicite que M. Ellison n’avait pas de motif pour fabriquer une histoire » (par. 106). Dans *Czibulka*, la Cour d’appel de l’Ontario a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé parce que, dans son examen du critère du seuil de fiabilité, le juge du procès n’avait pas fait de distinction entre l’absence de preuve d’un motif et la preuve de l’absence de motif. Le juge Rosenberg, au nom de la Cour d’appel, a expliqué ainsi la distinction entre les deux concepts (par. 35) :

[TRADUCTION] À mon avis, la conclusion du juge du procès que la défunte n’avait pas de « raison apparente de mentir » constitue un élément fondamental de sa décision quant à la fiabilité. Selon moi, toutefois, comme il n’y avait guère ou pas de preuve concernant les circonstances dans lesquelles la lettre a été écrite, rien ne permettait au juge du procès d’affirmer que la défunte n’avait pas de raisons de mentir. Le juge du procès semble s’être appuyé sur l’absence de preuve

There was nothing in the circumstances to justify this approach. This was not a case like *Khan*, for example, where it was apparent from the circumstances as related by the mother that the declarant child had no motive to accuse the accused falsely. The absence of evidence of motive to fabricate is not the same as evidence of the absence of motive to fabricate. In fact, what evidence exists tells against the deceased having no motive to fabricate. [Emphasis added.]

[40] The court in *Czibulka* added that where there is no evidence of a motive to lie, motive “is in effect a neutral consideration” (para. 43).

[41] The distinction between an “absence of evidence of motive to fabricate” and “evidence of the absence of motive to fabricate”, if taken out of context, can be rather elusive. It is therefore important to consider the Court of Appeal’s decision in *Czibulka* in context. First, there was “little or no evidence” before the court about the circumstances surrounding the writing of the letter by the deceased. In addition, the Court of Appeal was of the view that what evidence did exist supported the *opposite* conclusion on the question of motive. Therefore, the trial judge’s finding that there was no motive to fabricate was held to be unreasonable and unsupported by the evidence. Second, the trial judge’s decision on threshold reliability essentially *turned* on the finding that the deceased had no motive to lie in her letter about the accused’s alleged abusive conduct. Therefore, since the decision on threshold reliability was without support in the evidence, the trial judge’s error on motive was decisive on appeal.

[42] There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. It is important to keep in mind, however, that motive is but one factor to consider in the determining of

de fabrication pour conclure à l’absence de motif de fabrication. Rien dans les circonstances ne justifie cette approche. Il ne s’agit pas d’une affaire semblable à l’affaire *Khan*, par exemple, où il ressortait des faits relatés par la mère que l’enfant ayant fait la déclaration n’avait aucun motif pour accuser à tort l’inculpé. L’absence de preuve d’un motif de fabrication ne doit pas être assimilée à la preuve de l’absence de motif de fabrication. En fait, la preuve disponible milite contre la thèse que la défunte n’a pas de motif pour fabriquer une histoire. [Je souligne.]

[40] Dans *Czibulka*, la cour a précisé que, en l’absence de preuve d’un motif pour mentir, la question des motifs [TRADUCTION] « est en fait une considération neutre » (par. 43).

[41] La distinction entre l’« absence de preuve d’un motif de fabrication » et « la preuve de l’absence de motif de fabrication », si elle est considérée hors contexte, peut être difficile à saisir. Il importe donc d’examiner dans son contexte la décision rendue par la Cour d’appel dans *Czibulka*. Premièrement, la cour ne disposait [TRADUCTION] « guère ou pas de preuve » concernant les circonstances dans lesquelles la défunte avait écrit la lettre en question. De plus, elle estimait que la preuve effectivement versée au dossier militait *au contraire* en faveur de l’existence d’un motif. La conclusion du juge du procès que la défunte n’avait pas de motif pour fabriquer une histoire a par conséquent été jugée déraisonnable et non étayée par la preuve. Deuxièmement, la décision du juge du procès concernant le seuil de fiabilité *s’appuyait* essentiellement sur la conclusion que la défunte n’avait pas de motif pour mentir dans sa lettre au sujet de la présumée conduite abusive de l’accusé. Par conséquent, comme la décision relative au seuil de fiabilité n’était pas étayée par la preuve, l’erreur commise par le juge de première instance au sujet du motif a été déterminante en appel.

[42] Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue que l’existence d’un motif n’est qu’un

threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. The focus of the admissibility inquiry in all cases must be, not on the presence or absence of motive, but on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. In *Czibulka*, the question of motive, in the circumstances of that case, was a very significant factor. If the deceased had a motive to lie about the accused abusing her, the contents of her letter could not be relied on for their truth. In other cases, motive may not feature so prominently.

[43] Here, the majority of the Court of Appeal concluded that, unlike in *Czibulka*, there was circumstantial evidence to support the inference that Mr. Ellison had no motive to lie to Ms. Freckleton. I agree with the majority's conclusion that, the trial judge considered the relevant factors in determining whether Mr. Ellison had a motive to fabricate, including the nature of the relationship between Mr. Ellison and his mother and the context in which the statements were made. Among other factors, the trial judge noted that this was a case of a "shot and wounded" son telling his mother about the circumstances surrounding the shooting, an incident she already knew about from independent sources. Mr. Ellison had nothing to gain by telling this story falsely to his mother. As the trial judge put it, "[i]f he wanted to mislead her the easiest thing would be to say it was a stranger who shot him, thereby minimizing his own blameworthiness from the stabbing." Also, if he wanted to lie to his mother in order to alleviate her fears, linking his shooting to his own stabbing would achieve the opposite. Hence, this was "hardly a factor that suggests unreliability and perhaps a factor that suggest[s] the opposite to some degree." The trial judge was further of the view that the statements were "contemporaneous enough, having regard to the unusual and attention-focusing nature of the event . . . to provide some measure of reliability." Finally, the trial judge held that "[h]aving regard to the code of silence testified to by Detective Prisor, there is an inherent plausibility and logical consistency in telling his mother more about the identity of the

des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. Lors de l'examen de l'admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer non pas sur la présence ou l'absence de motif, mais sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. Dans *Czibulka*, la question du motif était, dans les circonstances de cette affaire, un facteur très important. Si la défunte avait un motif pour mentir au sujet de la conduite abusive de l'accusé à son égard, la lettre ne pouvait être utilisée pour établir la véracité de son contenu. Dans d'autres cas, le motif peut ne pas jouer un rôle aussi important.

[43] En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu que, contrairement à l'affaire *Czibulka*, une preuve circonstancielle permettait d'inférer que M. Ellison n'avait pas de motif pour mentir à M<sup>me</sup> Freckleton. Je conviens avec la majorité que le juge du procès a considéré les facteurs pertinents pour déterminer si M. Ellison avait un motif de fabrication, y compris la nature de sa relation avec sa mère et le contexte des déclarations. Entre autres facteurs, le juge du procès a fait observer qu'il s'agissait d'une affaire où un fils [TRADUCTION] « blessé par balle » raconte à sa mère les circonstances de la fusillade, événement qu'elle a déjà appris de sources indépendantes. Monsieur Ellison n'avait rien à gagner à raconter une fausse histoire à sa mère. Comme l'a dit le juge du procès, [TRADUCTION] « [s]'il voulait l'induire en erreur, le plus facile était de dire qu'un étranger lui avait tiré dessus, minimisant ainsi sa culpabilité morale découlant de l'agression à coups de couteau. » De plus, s'il voulait mentir à sa mère pour apaiser ses craintes, c'est plutôt le résultat opposé qu'il obtenait en établissant un lien entre la fusillade et l'agression à coups de couteau qu'il avait commise. Par conséquent, ce n'est [TRADUCTION] « guère un facteur de non-fiabilité, mais peut-être un facteur tendant à indiquer l'opposé dans une certaine mesure. » Le juge du procès a aussi estimé que les déclarations étaient [TRADUCTION] « suffisamment contemporaines, compte tenu de la nature inhabituelle et frappante de l'événement, [. . .] pour présenter une certaine fiabilité. » Enfin, il a conclu que [TRADUCTION] : « [v]u la loi du silence dont le détective Prisor a

shooters than he told the police.” In my respectful view, Simmons J.A. placed too much emphasis on the distinction drawn in *Czibulka*, a distinction which has no application on the facts here.

[44] In distinguishing *Czibulka*, the majority also noted that there were other indicia of reliability present including, as noted by the trial judge, that the statements were against Mr. Ellison’s interest. In my view, it cannot be said that the statements were against interest in the hearsay sense of the term. The statements would not satisfy the criteria of the traditional hearsay exception for declarations against interest. There is also no suggestion in the evidence that Ms. Freckleton was inclined to go to the police and report that her son had stabbed someone the summer before. That being said, however, I am not persuaded that the mischaracterization of this factor had any significant bearing on the trial judge’s ruling.

[45] Simmons J.A. also found that the trial judge failed to consider factors which gave rise to apprehensions about the reliability of the statements. Those factors included the fact that Mr. Ellison had recently been involved in a shooting (the alleged statement was either made while he was still in hospital or as much as 38 days later), and that he had previously lied to his mother about his activities, including the stabbing incident the previous summer. In the circumstances, Simmons J.A. was of the view that it was just as likely that Mr. Ellison was again lying to cover up his activities as it was that he was telling the truth. For example, he may have thought it would look better in the eyes of his mother if he was the victim of some retaliation — given that his mother already knew from people in the community that he had stabbed someone the previous summer — rather than admit that he was involved in a further altercation in which he was the aggressor.

fait état dans son témoignage, il est en soi plausible et logiquement cohérent qu’il ait donné plus de détails à sa mère qu’à la police sur l’identité de ceux qui lui avaient tiré dessus. » Soit dit en tout respect, la juge Simmons a accordé trop d’importance à la distinction établie dans *Czibulka*, distinction qui ne s’applique pas aux faits de l’espèce.

[44] En distinguant la présente affaire de l’affaire *Czibulka*, la majorité a en outre fait remarquer qu’il y avait d’autres indices de fiabilité, dont le fait, comme l’a noté le juge du procès, que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison. À mon avis, on ne peut dire que les déclarations étaient contre intérêt au sens où on l’entend en matière de ouï-dire. Les déclarations ne relèvent pas de l’exception traditionnelle à la règle du ouï-dire applicable aux déclarations contre intérêt. La preuve ne permet pas non plus de conclure que M<sup>me</sup> Freckleton était encline à aller voir la police pour lui signaler que son fils avait poignardé quelqu’un l’été précédent. Cela dit, toutefois, je ne suis pas convaincue que l’appréciation erronée de ce facteur ait influé de façon significative sur la décision du juge de première instance.

[45] La juge Simmons a également conclu que le juge du procès n’avait pas pris en compte certains facteurs soulevant des inquiétudes quant à la fiabilité des déclarations. Parmi ces facteurs, il y avait le fait que M. Ellison avait récemment été impliqué dans une fusillade (la présumée déclaration a été faite pendant qu’il était encore à l’hôpital ou jusqu’à 38 jours plus tard) et qu’il avait auparavant menti à sa mère au sujet de ses activités, notamment en ce qui concerne l’agression à coups de couteau survenue l’été précédent. Dans les circonstances, la juge Simmons estimait que M. Ellison pouvait tout aussi bien avoir menti encore une fois pour camoufler ses activités ou avoir dit la vérité. Par exemple, il avait pu se dire qu’il était préférable de dire à sa mère qu’il était victime d’un acte de vengeance — étant donné que des gens de la communauté avaient déjà informé cette dernière qu’il avait poignardé quelqu’un l’été d’avant — plutôt que d’admettre qu’il avait pris part à une autre bagarre dans laquelle il était l’agresseur.

[46] With respect, there is no reason to conclude that the trial judge did not consider these factors. In fact, he specifically discussed Mr. Ellison's "specific veracity to his mother" and its impact on threshold reliability. Although the trial judge's reasons are couched in terms of factors which go either to threshold or ultimate reliability, a distinction rejected by this Court in *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, I am not persuaded that the trial judge committed any error. In my respectful view, Simmons J.A. engaged in a re-weighing of the factors considered by the trial judge. In the absence of any error in principle, or a finding that the trial judge's decision is unreasonable or unsupported by the evidence, there is no basis to interfere with the trial judge's weighing of the various factors.

### 5.2.3 The Weaknesses in Ms. Freckleton's Evidence

[47] One of the principal submissions advanced by Mr. Blackman in arguing against the admissibility of the statements at trial rested on the difficulties with Ms. Freckleton's evidence. It is apparent from a review of the evidence that there were inconsistencies in Ms. Freckleton's evidence. There was also evidence that Ms. Freckleton had received information from others about the stabbing incident. The trial judge held that these factors had "nothing to do with the admission through her of the deceased's alleged declarations" because she could be cross-examined on the defects in her evidence. The majority of the Court of Appeal was of the view that "[t]his holding is unimpeachable" (para. 72). Cronk J.A. referred to *R. v. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43 (Ont. C.A.), at paras. 50-51, in support of the proposition that the quality of the mother's evidence was not relevant to threshold reliability. Simmons J.A. was of the view that the trial judge placed too much emphasis on the fact that Ms. Freckleton was available for cross-examination (para. 109).

[48] In *Humaid*, it was argued that the recipient's credibility and the reliability of her narration

[46] Soit dit en tout respect, rien ne permet de conclure que le juge du procès n'a pas considéré ces facteurs. En fait, il a expressément parlé de la [TRADUCTION] « véricité précise de ce que M. Ellison a dit à sa mère » et de ses répercussions sur le seuil de fiabilité. Bien que le juge se soit exprimé en termes de facteurs qui touchent soit le seuil de fiabilité ou la fiabilité ultime, distinction rejetée par la Cour dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 CSC 57, je ne suis pas convaincue qu'il ait commis une erreur. À mon avis, la juge Simmons s'est employée à soupeser à nouveau les facteurs que le juge du procès avait pris en compte. En l'absence d'erreur de principe ou de conclusion que la décision du juge du procès est déraisonnable ou non étayée par la preuve, il n'y a aucune raison de revoir la manière dont il a apprécié les différents facteurs.

### 5.2.3 Les faiblesses du témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton

[47] Un des principaux arguments avancés par M. Blackman pour s'opposer à l'admission des déclarations lors du procès repose sur les difficultés que pose le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton. Il ressort de l'examen de la preuve que ce témoignage comportait des incohérences. La preuve indique également qu'elle avait reçu d'autres personnes des renseignements sur l'agression à coups de couteau. Le juge du procès a statué que ces facteurs n'avaient [TRADUCTION] « rien à voir avec l'admission des présumées déclarations du défunt par son intermédiaire », car on pouvait la contre-interroger au sujet des lacunes de son témoignage. La Cour d'appel à la majorité a jugé que [TRADUCTION] « [c]ette conclusion était inattaquable » (par. 72). La juge Cronk a cité *R. c. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43 (C.A. Ont.), par. 50-51, à l'appui de la proposition que la qualité du témoignage de la mère de l'accusé n'avait pas à être prise en compte pour l'appréciation du seuil de fiabilité. La juge Simmons a estimé, quant à elle, que le juge de première instance avait accordé trop d'importance au fait qu'il était possible de contre-interroger M<sup>me</sup> Freckleton (par. 109).

[48] Dans *Humaid*, on a fait valoir que la crédibilité de la personne ayant reçu les déclarations

of the out-of-court statements militated against the admission of the hearsay evidence. Doherty J.A., in writing for the court at para. 51, rejected this argument on two bases. First, these factors “were not circumstances surrounding the making of those statements”. Second, “[t]hreshold reliability stands as a substitute for cross-examination of the declarant not the narrator of the out-of-court statement.” Since the recipient of the statement would have testified at trial, her credibility and reliability as they related to the out-of-court statements could be fully tested on cross-examination at trial.

[49] Doherty J.A.’s categorization of these factors as irrelevant because they “were not circumstances surrounding the making of those statements” was based, of course, on this Court’s attempt in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, to label some factors categorically as going only to ultimate reliability (paras. 215-17). As this Court explained in *Khelawon*, at paras. 50-55, this aspect of *Starr* created much confusion in the law and that portion of the analysis in *Starr* was revisited by the Court holding that

the relevant factors to be considered on an admissibility inquiry cannot invariably be categorized as relating either to threshold or ultimate reliability. Rather, the relevance of any particular factor will depend on the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them. [para. 55]

[50] However, the second reason given by Doherty J.A. for finding that issues concerning the recipient’s credibility did not go to the question of threshold reliability is based, not on an arbitrary categorization of factors, but on principle. The fact that the recipient is available to be cross-examined does address “the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them.” Therefore, I conclude that the trial judge was correct in finding that the difficulties with Ms. Freckleton’s evidence were matters properly left to the ultimate

extrajudiciaires et la fiabilité de sa relation de ces déclarations militaient contre l’admission de la preuve par ouï-dire. Le juge Doherty, au nom de la Cour d’appel, au par. 51, s’est appuyé sur deux motifs pour rejeter cet argument. Premièrement, ces facteurs [TRADUCTION] « ne concernaient pas les circonstances des déclarations en question ». Deuxièmement, [TRADUCTION] « [l]e seuil de fiabilité tient lieu de substitut au contre-interrogatoire du déclarant et non de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire. » Étant donné que la personne ayant reçu la déclaration aurait été appelée à témoigner au procès, il aurait été possible de vérifier en contre-interrogatoire sa crédibilité et sa fiabilité quant aux déclarations extrajudiciaires.

[49] Pour juger les facteurs susmentionnés non pertinents parce qu’ils « ne concernaient pas les circonstances des déclarations en question », le juge Doherty, de la Cour d’appel, s’est bien sûr appuyé sur la tentative de la Cour, dans *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, de classer certains facteurs catégoriquement comme ayant uniquement trait à la fiabilité ultime (par. 215-217). Or, la Cour a expliqué dans *Khelawon*, par. 50-55, que ce volet de l’arrêt *Starr* avait créé beaucoup de confusion juridique et elle a revu cette partie de l’analyse, concluant ainsi :

... les facteurs à considérer lors de l’examen de l’admissibilité ne peuvent pas toujours être classés comme ayant trait soit au seuil de fiabilité, soit à la fiabilité en dernière analyse. La pertinence d’un facteur dépendra plutôt des dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et des moyens possibles, s’il en est, de les écarter. [par. 55]

[50] Toutefois, le deuxième motif qu’a fourni le juge Doherty pour conclure que les questions relatives à la crédibilité de la personne ayant reçu la déclaration ne concernent pas la question du seuil de fiabilité repose sur des principes et non sur une catégorisation arbitraire des facteurs. Le fait que la personne qui a reçu la déclaration puisse être contre-interrogée permet effectivement d’aborder les « dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et [représente un] des moyens possibles, s’il en est, de les écarter. » Par conséquent, comme l’a fait la Cour d’appel de

trier of fact, as the Court of Appeal did in *Humaid*, because Ms. Freckleton was available to be cross-examined at trial. The triers of fact were therefore in a position to fully assess the truthfulness and accuracy of her testimony.

[51] It is important to note that, in cases where the recipient of the out-of-court statement is *not* available for cross-examination, his or her credibility and truthfulness may play an important role in assessing the question of threshold admissibility. Consider, for example, if the Crown sought to adduce the out-of-court statement of a jailhouse informant containing an alleged statement from the accused and the informant was not available to be cross-examined. Difficulties with the recipient's evidence would be relevant to the question of threshold reliability because the form in which the hearsay statement is "packaged" necessarily impacts on the jury's ability to test the truth and accuracy of the declarant's statements. However, when the recipient is available for cross-examination, those difficulties can safely be left to the ultimate trier of fact to consider. Doherty J.A. added an important caveat to the principle in *Humaid*, with which I agree. He stated as follows:

There is one *caveat* to what I have said. A trial judge has a residual discretion to exclude evidence where its potential probative value is exceeded by the potential prejudicial effect of that evidence. This discretion extends to what would otherwise be admissible hearsay evidence: *R. v. Ferris* (1994), 27 C.R. (4th) 141 (Alta. C.A.) at 155-56, *aff'd*, [1994] 3 S.C.R. 756; *R. v. Starr*, *supra*, at para. 188. There may be cases where the credibility or reliability of the narrator of the out-of-court statement is so deficient that it robs the out-of-court statement of any potential probative value. In such cases, and I think they would be relatively rare, a trial judge could conclude that the narrator's evidence was so incredible or unreliable as to necessitate the exclusion of the evidence based on the exercise of his or her residual discretion. If the evidence was tendered by the defence, the discretion could be exercised only where

l'Ontario dans *Humaid*, je conclus qu'en l'espèce le juge du procès a eu raison de décider qu'il vaut mieux laisser au juge des faits le soin de trancher les questions liées aux difficultés que présente le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton, car celle-ci pouvait être contre-interrogée au procès. Le juge des faits était donc en mesure d'évaluer pleinement la véracité et l'exactitude de son témoignage.

[51] Il importe de souligner que, dans les cas où la personne ayant reçu la déclaration extrajudiciaire *n'est pas* disponible pour être contre-interrogée, sa crédibilité et sa sincérité peuvent jouer un rôle important en ce qui touche le seuil d'admissibilité. À titre d'exemple, prenons l'hypothèse où le ministère public chercherait à présenter en preuve la déclaration extrajudiciaire d'un indicateur incarcéré qui relate une présumée déclaration de l'accusé, et que l'indicateur ne peut être contre-interrogé. Les lacunes que pourrait comporter le témoignage de l'indicateur auraient des incidences sur la question du seuil de fiabilité, parce que la manière dont la déclaration relatée est « présentée » influe nécessairement sur la capacité du jury de vérifier la véracité et l'exactitude de la déclaration. Toutefois, s'il est possible de contre-interroger la personne ayant reçu la déclaration, on peut sans crainte laisser au juge des faits le soin de se prononcer sur les problèmes que celle-ci soulève. Le juge Doherty de la Cour d'appel a apporté une importante réserve à ce principe dans *Humaid*, réserve à laquelle je souscris :

[TRADUCTION] Il faut toutefois nuancer ce que j'ai dit. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter la preuve lorsque sa valeur probante potentielle est moindre que l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir. Ce pouvoir discrétionnaire s'étend aux éléments qui constitueraient autrement une preuve par ouï-dire admissible : *R. c. Ferris* (1994), 27 C.R. (4th) 141, p. 155-156 (C.A. Alb.), *conf.* [1994] 3 R.C.S. 756; *R. c. Starr*, précité, par. 188. Il peut y avoir des situations où la faible crédibilité ou fiabilité de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire prive celle-ci de toute valeur probante. Dans ces cas — et je pense qu'ils devraient être relativement rares — le juge du procès pourrait conclure qu'en raison de la faible crédibilité ou fiabilité de la preuve fournie par le narrateur il doit, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, écarter la preuve relatée. Si la preuve était soumise par la défense,



the potential prejudice substantially outweighed the potential probative value to the defence of the out-of-court statement: *R. v. Seaboyer* (1991), 66 C.C.C. (3d) 321 (S.C.C.) at 391; *R. v. Arcangioli* (1994), 87 C.C.C. (3d) 289 (S.C.C.) at 297; *R. v. Starr, supra*, at paras. 187-88. I need not pursue this analysis as the trial judge did not purport to exclude Ms. Stevenson's evidence as to Aysar's statements by the exercise of that residual discretion. [para. 57]

[52] In conclusion, I do not see any error in principle with the trial judge's ruling. His decision is reasonable and supported by the evidence. It is therefore entitled to deference. Therefore, I would uphold the ruling that Mr. Ellison's statements are admissible under the principled approach to hearsay.

### 5.3 Corroboration

[53] Before concluding, I would like to say a few words in response to counsel's submissions at the hearing on the question of corroboration. Both counsel argued that the analysis of threshold reliability may well have been different at trial with the benefit of *Khelawon's* clarification of the proper use to be made of corroborating or conflicting evidence on the admissibility *voir dire*.

[54] It is important to emphasize that *Khelawon* did not broaden the scope of the admissibility inquiry; it merely refocused it. This Court held that the relevant factors to be considered on the admissibility inquiry should no longer be categorized as going either to threshold or ultimate reliability. Rather, the Court stated that a functional approach should be adopted. I repeat the words here:

As I trust it has become apparent from the preceding discussion, whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the context. Hence, some of the comments at paras. 215 and 217 in *Starr* should no longer be followed. Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional

le recours au pouvoir discrétionnaire du juge se limiterait aux cas où l'effet préjudiciable potentiel l'emporte sensiblement sur la valeur probante que pourrait avoir la déclaration extrajudiciaire pour la défense : *R. c. Seaboyer* (1991), 66 C.C.C. (3d) 321 (C.S.C.), p. 391; *R. c. Arcangioli* (1994), 87 C.C.C. (3d) 289 (C.S.C.), p. 297; *R. c. Starr*, précité, par. 187-188. Il n'est toutefois pas nécessaire que je poursuive cette analyse étant donné que le juge du procès n'a pas prétendu écarter, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel, le témoignage de M<sup>me</sup> Stevenson concernant les déclarations d'Aysar. [par. 57]

[52] En conclusion, je ne vois aucune erreur de principe dans la décision du juge du procès. Sa décision est raisonnable et elle est étayée par la preuve. Elle commande donc la déférence. Par conséquent, je suis d'avis de maintenir la décision que les déclarations de M. Ellison sont admissibles selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire.

### 5.3 Corroboration

[53] Avant de terminer, j'aimerais dire quelques mots en réponse aux observations qui nous ont été soumises pendant l'audience sur la question de la corroboration. Les deux avocats ont soutenu que l'examen du seuil de fiabilité pendant le procès aurait très bien pu donner des résultats différents à la lumière des précisions apportées ultérieurement dans *Khelawon* sur la façon de tenir compte d'une preuve corroborante ou contradictoire lors du voir-dire sur l'admissibilité.

[54] Je tiens à souligner que *Khelawon* n'a pas élargi la portée de l'examen de l'admissibilité; il n'a fait que le mettre au point. La Cour a statué que les facteurs pertinents à considérer lors du voir-dire sur l'admissibilité ne devraient plus être rangés dans la catégorie du seuil de fiabilité ou celle de la fiabilité ultime. Elle a plutôt déclaré qu'il y avait lieu d'adopter une approche fonctionnelle. Je reproduis ici ses propos à cet égard :

Comme le révèle, je l'espère, l'analyse qui précède, la question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse dépendra du contexte. Partant, certains des commentaires formulés aux par. 215 et 217 de l'arrêt *Starr* ne devraient plus être suivis. Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en

approach as discussed above and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. [para. 93]

[55] Hence, the Court clarified that in appropriate circumstances, a corroborative item of evidence can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. Consider, on the one hand, the hearsay statement of a complainant who asserts that she was repeatedly stabbed but has no injury to show in support. The lack of corroborative evidence would seriously undermine the trustworthiness of the statement and, indeed, would likely be fatal to its admissibility. On the other hand, an item of corroborative evidence can also substantiate the trustworthiness of a statement. Recall the semen stain in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. Where an item of evidence goes to the trustworthiness of the statement, *Khelawon* tells us that it should no longer be excluded simply on the basis that it is corroborative in nature.

[56] However, the Court in *Khelawon* also emphasized the important differences between threshold and ultimate reliability and the principle bears repeating. Trial judges must be aware of the limited role they play in determining admissibility. It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*: see *Khelawon*, at para. 93.

[57] For example, Crown counsel in this case submitted that it would be a “shocking coincidence” for Mr. Ellison to have falsely implicated Mr. Blackman’s brother in the strip club shooting and then for Mr. Keene to identify Mr. Blackman as the man who killed the deceased. The Crown offers as further “corroboration” the fact that the same gun was used in both the February and April incidents. These items of evidence may indeed be supportive of the Crown’s theory that Mr. Blackman is the person who killed Mr. Ellison and that he did so in

dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle, comme nous l’avons vu précédemment, et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par oui-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. [par. 93]

[55] La Cour a donc précisé que, lorsque les circonstances s’y prêtent, il est possible de prendre en compte un élément de preuve corroborant pour apprécier le seuil de fiabilité d’une déclaration. Prenons l’exemple de la déclaration relatée d’une victime qui affirme avoir été poignardée à plusieurs reprises, mais qui ne porte aucune trace de blessure. L’absence de preuve corroborante pourrait jeter un doute sérieux quant à la véracité de la déclaration, voire porter un coup fatal à son admissibilité. À l’inverse, un élément de preuve corroborant peut aussi confirmer la véracité d’une déclaration. Qu’on se rappelle la tache de sperme dans *R. c. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. Lorsqu’un élément de preuve permet d’établir la véracité d’une déclaration, *Khelawon* nous enseigne qu’il ne devrait plus être exclu simplement parce qu’il s’agit d’une preuve corroborante.

[56] Toutefois, dans *Khelawon* la Cour a également insisté sur l’importance de distinguer seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse, principe qu’il convient de rappeler. Les juges de première instance doivent être conscients du rôle limité qu’ils jouent lorsqu’ils se prononcent sur l’admissibilité. Il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du *voir-dire* sur l’admissibilité : voir *Khelawon*, par. 93.

[57] Par exemple, en l’espèce l’avocat du ministère public a fait valoir que ce serait par l’effet d’une [TRADUCTION] « coïncidence troublante » que M. Ellison aurait faussement impliqué le frère de M. Blackman dans la fusillade devant le bar de danseuses nues et que M. Keene aurait ensuite identifié M. Blackman comme étant l’homme qui a tué M. Ellison. En outre, le ministère public voit comme une « corroboration » supplémentaire le fait que le même fusil a été utilisé lors des événements de février et d’avril. Ces éléments de preuve peuvent

retaliation for the stabbing. However, the items of evidence can only take on this corroborative character when they are considered in the context of the evidence as a whole. This kind of inquiry goes far beyond the trial judge's role in determining whether Mr. Ellison's statements to his mother that the shooter outside the strip club was the brother of the person he stabbed are sufficiently reliable to warrant admission. The admissibility *voir dire* must remain focused on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits.

#### 6. Disposition

[58] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.*

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

vraiment étayer la théorie du ministère public que M. Blackman est celui qui a tué M. Ellison, et ce, pour se venger de l'agression à coups de couteau. Les éléments de preuve ne peuvent toutefois revêtir ce caractère corroborant que s'ils sont appréciés au regard de l'ensemble de la preuve. Ce type d'examen dépasse de loin le rôle du juge de première instance quand il s'agit de déterminer si les déclarations de M. Ellison à sa mère selon lesquelles celui qui lui a tiré dessus à l'extérieur du bar de danseuses nues est le frère de la personne qu'il avait poignardée sont suffisamment fiables pour justifier leur admission. Le voir-dire sur l'admissibilité doit demeurer centré sur la preuve par ouï-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond.

#### 6. Dispositif

[58] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.*

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

**Adil Charkaoui** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration and Solicitor General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Bar Association, Barreau du Québec, Amnesty International, Association des avocats de la défense de Montréal and Québec Immigration Lawyers Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**Neutral citation: 2008 SCC 38.**

File No.: 31597.

2008: January 31; 2008: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Procedural fairness — Disclosure of evidence — Review of reasonableness of security certificate — Late disclosure of summary of interviews of named person with CSIS officers — Complete notes of interviews destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Scope of duty to retain and disclose information in possession of CSIS about person named in certificate — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.*

*Immigration law — Inadmissibility and removal — Security certificate — Evidence obtained subsequent to initial decision to issue security certificate — Whether*

**Adil Charkaoui** *Appelant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Solliciteur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Barreau du Québec, Amnistie internationale, Association des avocats de la défense de Montréal et Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

**Référence neutre : 2008 CSC 38.**

N° du greffe : 31597.

2008 : 31 janvier; 2008 : 26 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Équité procédurale — Divulgence de la preuve — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Sommaire d'entrevues de la personne visée avec les agents du SCRS communiqué tardivement — Notes complètes des entrevues détruites conformément à la politique interne du SCRS — Portée de l'obligation de conservation et de communication de l'information détenue par le SCRS au sujet de la personne visée par le certificat — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.*

*Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Certificat de sécurité — Éléments de preuve postérieurs à la décision initiale de délivrer un certificat*

*new evidence admissible at any stage of judicial review of security certificate and detention — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 78.*

The respondent ministers signed a security certificate against C under s. 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. C was then arrested and detained. Before the scheduled date of the fourth review of C's detention, counsel for the ministers informed the judge at an *in camera* hearing that they had recently taken cognizance of a document that should have been disclosed to C at the outset of the proceedings but had not been disclosed because of an oversight. The document consisted of a summary of two interviews C had had with CSIS officers. The judge ordered that the summary be disclosed to C's counsel forthwith. At this same hearing, counsel for the ministers filed fresh allegations about C that were based on information that was not in his file when the ministers signed the security certificate. The next day, the judge disclosed a summary of this new information to C. The detention review hearing was adjourned and C was granted a postponement. C then filed a motion to exclude the new evidence. He also requested that the complete notes of the two interviews conducted by CSIS be disclosed to him together with the recordings of the interviews. But the ministers informed the judge that there were no recordings in the file and that notes of interviews are, in accordance with an internal policy of CSIS, systematically destroyed once the officers have completed their reports. Alleging that his right to procedural fairness had been violated, C filed a motion for a stay of proceedings, in which he asked that the certificate be quashed and that he be released. In the alternative, he asked that the new evidence be excluded. The Federal Court and the Federal Court of Appeal dismissed the applications.

*Held:* The appeal should be allowed in part and the application for a stay of proceedings should be dismissed.

The destruction of operational notes is a breach of CSIS's duty to retain and disclose information, which derives from s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* and a contextual analysis of the case law on the disclosure and retention of evidence. Section 12 provides that CSIS must acquire information to the extent that it is strictly necessary in order to carry out its mandate, and must then analyse and retain relevant information and intelligence. The CSIS policy on the management of operational notes rests on an erroneous interpretation of that provision. Section 12 does

*de sécurité — Des preuves nouvelles sont-elles recevables à toute étape du contrôle judiciaire du certificat de sécurité et de la détention? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78.*

Les ministres intimés signent un certificat de sécurité contre C en vertu du par. 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. C est ensuite arrêté et détenu. Avant la date fixée pour la quatrième révision de la détention de C, les avocats des ministres informent le juge lors d'une audience à huis clos qu'ils ont pris connaissance récemment d'un document qui aurait dû être communiqué à C dès le début des procédures, mais qui, par inadvertance, ne l'a pas été. Il s'agit d'un sommaire de deux entrevues de C avec les agents du SCRS. Le juge ordonne la divulgation immédiate du sommaire aux procureurs de C. Au cours de cette même audience, les procureurs des ministres déposent aussi de nouvelles allégations au sujet de C, lesquelles se fondent sur des renseignements qui ne faisaient pas partie du dossier lorsque les ministres ont signé le certificat de sécurité. Le lendemain, le juge communique à C un résumé de ces nouvelles informations. L'audience portant sur la révision de la détention est ajournée et une remise est accordée à C, qui présente alors une requête afin d'obtenir l'exclusion de la preuve nouvelle. C demande également que lui soient communiquées les notes complètes des deux entrevues menées par le SCRS et les enregistrements de celles-ci. Cependant, les ministres informent le juge que le dossier ne contient pas d'enregistrements et que les notes des entrevues sont systématiquement détruites lorsque leur rapport est finalisé, conformément à une politique interne du SCRS. Invoquant une violation de son droit à l'équité procédurale, C présente une requête en arrêt des procédures, en vue d'obtenir l'annulation du certificat et sa remise en liberté et, subsidiairement, l'exclusion de la preuve nouvelle. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté les demandes.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie et la demande d'arrêt des procédures est rejetée.

La destruction des notes opérationnelles viole l'obligation de conservation et de communication du SCRS qui découle de l'art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et de l'appréciation contextuelle de la jurisprudence en matière de divulgation et de conservation de la preuve. L'article 12 prévoit que le SCRS doit acquérir de l'information dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de son mandat, puis analyser et conserver les informations et renseignements pertinents. La politique du SCRS concernant la gestion des notes opérationnelles donne

not require that collected information be destroyed, but instead demands that CSIS retain its operational notes when conducting an investigation that targets an individual or group. The retention of notes, which include drafts, diagrams, recordings and photographs, must serve a practical purpose. As a result, the meaning of the word “intelligence” in s. 12 should not be limited to the summaries prepared by officers. The original operational notes are a better source of information and of evidence. [38-39] [43] [64]

Whether or not the constitutional guarantees of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply does not turn on a formal distinction between the different areas of law, but depends instead on the severity of the consequences of the state’s actions for the individual’s fundamental interests of liberty and security and, in some cases, the right to life. By its very nature, the security certificate procedure can place these rights in serious jeopardy. To protect them, it therefore becomes necessary to recognize a duty to disclose evidence based on s. 7 that goes beyond mere summaries. Investigations by CSIS play a central role in the decision on the issuance of a security certificate and the consequent removal order. The consequences of security certificates are often more severe than those of many criminal charges. As things stand, the destruction by CSIS officers of their operational notes compromises the very function of judicial review. To uphold the right to procedural fairness of people in C’s position, CSIS should be required to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge. The ministers and the designated judge will in turn be responsible for verifying the information they are given. If the ministers have access to all the original evidence, they will be better positioned to make appropriate decisions on issuing a certificate. The designated judge, who will have access to all the evidence, will then exclude any evidence that might pose a threat to national security and summarize the remaining evidence — which he or she will have been able to check for accuracy and reliability — for the named person. The duty of CSIS to retain and disclose the information submitted to the ministers and the designated judge also applies with respect to the person named in the certificate. However, confidentiality requirements related to public safety and state interests will place limits on how this duty is discharged. The judge must therefore filter the evidence he or she has verified and determine the limits of the access to which the named person will be entitled at each step of the process, both during the review of the validity

une interprétation erronée de cette disposition. L’article 12 n’indique aucunement que l’information recueillie doit être détruite, mais impose plutôt au SCRS une obligation de conserver ses notes opérationnelles lorsqu’il mène une enquête ciblée sur une personne ou un groupe. La conservation des notes, qui incluent brouillons, diagrammes, enregistrements et photographies, doit avoir une utilité pratique. Par conséquent, le terme « renseignements » à l’art. 12 ne devrait pas être limité de manière à n’inclure que les résumés rédigés par les agents. Les notes opérationnelles originales constituent une meilleure source d’information et de preuve. [38-39] [43] [64]

L’application des garanties constitutionnelles accordées par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne dépend pas d’une distinction formelle entre les différents domaines du droit, mais plutôt de la gravité des conséquences de l’intervention de l’État sur les intérêts fondamentaux de liberté, de sécurité et parfois de droit à la vie de la personne. Par sa nature, la procédure des certificats de sécurité peut mettre gravement en péril ces droits. La reconnaissance d’une obligation de divulgation de la preuve fondée sur l’art. 7, plus complète que de simples résumés, devient donc nécessaire à la préservation de ces droits. En effet, les enquêtes menées par le SCRS jouent un rôle central dans les décisions relatives à la délivrance des certificats de sécurité et aux mesures d’interdiction de territoire qui en résultent. Ces certificats emportent des conséquences dont la gravité dépasse souvent celles de bien des accusations criminelles. Dans l’état actuel des choses, la destruction de leurs notes opérationnelles par les agents du SCRS compromet la fonction même du contrôle judiciaire. Ainsi, afin de respecter le droit à l’équité procédurale des personnes telles que C, le SCRS devrait être tenu de conserver l’ensemble des renseignements dont il dispose et de les divulguer aux ministres ainsi qu’au juge désigné. Ces derniers seront à leur tour responsables de vérifier l’information qui leur est remise. S’ils ont accès à l’ensemble de la preuve originale, les ministres seront mieux placés pour prendre les décisions appropriées au sujet de la délivrance du certificat. Puis, le juge désigné, qui aura à sa disposition l’ensemble des renseignements, écartera l’information susceptible de menacer la sécurité nationale et résumera le reste de la preuve, dont il aura pu vérifier l’exactitude et la fiabilité, à l’intention de la personne visée. L’obligation du SCRS de conserver et de divulguer l’information soumise aux ministres ainsi qu’au juge désigné existe aussi à l’égard de la personne visée par le certificat. Cependant, des impératifs de confidentialité reliés à la sécurité publique et à l’intérêt de l’État en restreindront les modalités d’exécution. Le juge doit donc filtrer la preuve qu’il aura vérifiée et déterminer les limites de l’accès auquel l’individu visé

of the certificate and at the detention review stage. [50] [53-54] [62-63]

In this case, the designated judge granted the appropriate remedy for the late disclosure of the interview summary and the summary of the new allegations. By adjourning the hearing and granting a postponement of C's detention review to enable C to prepare his testimony and defence, the judge averted any prejudice that might have resulted from the delay in disclosing the new evidence. Moreover, since it was C himself who had been questioned in the interviews, he had knowledge of the subject and doubtless knew what he had said on that occasion. As a result, he had sufficient time to prepare his testimony. [67]

As for the new allegations filed by the ministers, any new evidence should be admitted, regardless of whether it is submitted to the designated judge by the ministers or by the named person. The judicial review process relates, on an ongoing basis, to both the certificate and the detention. It is not limited to a review of the bases for the ministers' initial decision. Furthermore, receiving new evidence in the course of this ongoing verification process is fairer, since such evidence can be as beneficial to the named person as to the ministers. [65] [70] [73]

A stay of proceedings is not an appropriate remedy in this case. The only appropriate remedy is to confirm the duty to disclose C's entire file to the designated judge and, after the judge has filtered it, to C and his counsel. This appeal is from an interlocutory judgment by the designated judge, not from his final decision on the reasonableness of the certificate. It would therefore be premature at this stage of the proceedings for the Court to determine how the destruction of the notes affects the reliability of the evidence. The designated judge will be in a position to make that determination, as he will have all the evidence before him and will be able to summon and question as witnesses those who took the interview notes. If he concludes that there is a reasonable basis for the security certificate but that the destruction of the notes had a prejudicial effect, he will then consider whether C should be granted a remedy. [77]

#### Cases Cited

**Applied:** *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9; *Liddar v. Deputy Head of*

aura droit à toutes les étapes de la procédure, que ce soit lors de l'étude de la validité du certificat ou à l'étape de la révision de la détention. [50] [53-54] [62-63]

En l'espèce, le juge désigné a appliqué la réparation appropriée à la communication tardive du sommaire des entrevues et du résumé des allégations nouvelles. En ajournant l'audition et en accordant une remise de la révision de la détention de C pour qu'il puisse préparer son témoignage et sa défense, le tribunal a écarté tout préjudice potentiel pouvant découler du délai de communication de la preuve nouvelle. De plus, puisque c'est C lui-même qui fut interrogé lors des entrevues, il en connaissait le sujet et savait sans doute ce qu'il avait dit à cette occasion. Il a donc disposé d'un délai suffisant pour préparer son témoignage. [67]

En ce qui a trait aux allégations nouvelles soumises par les ministres, toute preuve nouvelle devrait être admise, qu'elle soit soumise au juge désigné par les ministres ou par la personne visée. Le contrôle judiciaire vise le certificat et la détention, de manière continue. Il ne se borne pas au contrôle des fondements de la décision initiale des ministres. De plus, la réception d'une nouvelle preuve dans le cadre de cette procédure de vérification continue est plus équitable car cette preuve peut bénéficier autant à la personne visée qu'aux ministres. [65] [70] [73]

Un arrêt des procédures n'est pas une réparation appropriée dans les circonstances. La seule réparation convenable demeure la reconnaissance de l'obligation de divulgation de l'ensemble du dossier de C au juge désigné et, après filtrage, à C et à ses avocats. Le présent pourvoi résulte d'un jugement interlocutoire du juge désigné, et non de sa décision finale sur le caractère raisonnable du certificat. Il est donc prématuré à ce stade des procédures pour la Cour de déterminer quel est l'impact de la destruction des notes sur la fiabilité de la preuve produite. Ceci pourra être évalué par le juge désigné, qui disposera de l'ensemble de la preuve et qui pourra assigner et interroger les témoins qui ont consigné les notes d'entrevues. Si le juge désigné conclut qu'il y a une base raisonnable au soutien du certificat de sécurité, mais que la destruction des notes a eu un impact préjudiciable, il se penchera alors sur le droit à réparation de C. [77]

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9; *Liddar*

*the Department of Foreign Affairs and International Trade*, SIRC, No. 1170/LIDD/04, June 7, 2005; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, ss. 12, 13, 14, 15, 16, 19.  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77, 78, 83.

### Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security Under the Law*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1981.  
 Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.  
 Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.  
 Canada. Royal Commission on Security. *Report of the Royal Commission on Security (Abridged)*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.  
 Canada. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.) (2006), 272 D.L.R. (4th) 175, 353 N.R. 319, 58

*c. Administrateur général du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, CSARS, n° 1170/LIDD/04, 7 juin 2005; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809, 2005 CSC 82; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b).  
*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77, 78, 83.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12, 13, 14, 15, 16, 19.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21.

### Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 2. Ottawa : La Commission, 1981.  
 Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.  
 Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.  
 Canada. Commission royale d'enquête sur la sécurité. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité* (version abrégée). Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.  
 Canada. Sénat. Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité. *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier) (2006), 272 D.L.R. (4th) 175, 353 N.R. 319, 58



Imm. L.R. (3d) 161, [2006] F.C.J. No. 868 (QL), 2006 CarswellNat 2895, 2006 FCA 206 (*sub nom. Charkaoui (Re)*), upholding a decision of Noël J. (2005), 261 F.T.R. 1, [2005] F.C.J. No. 139 (QL), 2005 CarswellNat 814, 2005 FC 149 (*sub nom. Charkaoui (Re)*), dismissing the appellant's motion for a stay of proceedings. Appeal allowed in part.

*Dominique Larochelle, Johanne Doyon and Diane Petit*, for the appellant.

*Claude Joyal and Ginette Gobeil*, for the respondents.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Russell S. Silverstein*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Lorne Waldman*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Pierre Poupart, François Dadour and Nadine Touma*, for the intervener Barreau du Québec.

*Vanessa Gruben, Michael Bossin and Owen M. Rees*, for the intervener Amnesty International.

*Walid Hijazi*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

*Dan Bohbot and Stéphane Handfield*, for the intervener the Québec Immigration Lawyers Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

## I. Introduction

[1] Adil Charkaoui appeals against the dismissal in the Federal Court of Appeal of his application for a stay of proceedings relating to the security certificate issued against him under s. 77(1) of the

Imm. L.R. (3d) 161, [2006] A.C.F. n° 868 (QL), 2006 CarswellNat 1511, 2006 CAF 206 (*sub nom. Charkaoui (Re)*), qui a maintenu la décision du juge Noël (2005), 261 F.T.R. 1, [2005] A.C.F. n° 139 (QL), 2005 CarswellNat 204, 2005 CF 149 (*sub nom. Charkaoui (Re)*), refusant la requête de l'appelant en arrêt des procédures. Pourvoi accueilli en partie.

*Dominique Larochelle, Johanne Doyon et Diane Petit*, pour l'appelant.

*Claude Joyal et Ginette Gobeil*, pour les intimés.

*Michael Bernstein*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Russell S. Silverstein*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Lorne Waldman*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Pierre Poupart, François Dadour et Nadine Touma*, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

*Vanessa Gruben, Michael Bossin et Owen M. Rees*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

*Walid Hijazi*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

*Dan Bohbot et Stéphane Handfield*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

## I. Introduction

[1] Adil Charkaoui se pourvoit contre une décision de la Cour d'appel fédérale confirmant un jugement interlocutoire de la Cour fédérale qui a rejeté sa demande d'arrêt des procédures relatives à

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). Mr. Charkaoui alleges that the government breached its duty to disclose relevant information in its possession, and its ancillary duty to do so in a timely manner. He alleges as well that the respondent ministers relied impermissibly on evidence obtained subsequent to the issuance of the security certificate. They did so, he complains, upon the designated judge’s review of the reasonableness of the certificate and again during the judge’s review of the appellant’s applications for release from custody.

[2] We have concluded that Mr. Charkaoui’s appeal succeeds. In our view, the Canadian Security Intelligence Service (“*CSIS*”) is bound to disclose to the ministers responsible all information in its possession regarding the person named in a security certificate. The ministers must convey this information to the designated judge. The judge must then disclose the information to the person named in the security certificate, except to the extent that disclosure might, in the judge’s view, endanger Canada’s security. These obligations of disclosure cannot be properly discharged where *CSIS* has destroyed what it was bound to disclose. As a matter of text and context, we have therefore concluded that *CSIS* is bound to retain the information it gathers within the limits established by the legislation governing its activities. In accordance with its prior practice, it did not do so here. For reasons to be later explained, we are nonetheless satisfied that a stay of proceedings would not be an appropriate remedy in this case.

## II. History of the Case

### A. *Issuance of a Security Certificate Against Mr. Charkaoui*

[3] On May 9, 2003, the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General, now the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the “ministers”), signed a security certificate against the appellant under s. 77(1) *IRPA*. The appellant was arrested and detained on May 21, 2003. Noël J. of the Federal Court was then designated under the relevant provisions of the *IRPA*

l’exécution d’un certificat de sécurité délivré contre lui en vertu du par. 77(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Cette demande invoque la violation d’obligations de communication de la preuve et les délais excessifs de cette communication. Elle allègue aussi l’utilisation d’éléments de preuve postérieurs à la délivrance du certificat de sécurité par les ministres intimés lors de l’examen par le juge désigné du caractère raisonnable de ce certificat, de même qu’à l’occasion de l’étude des demandes de mise en liberté de l’appelant.

[2] À notre avis, le Service canadien du renseignement de sécurité (« *SCRS* ») est tenu de divulguer aux ministres les informations qu’il détient au sujet de la personne visée par le certificat de sécurité. Pour leur part, les ministres doivent porter ces informations à la connaissance du juge désigné pour qu’elles soient communiquées à la personne visée par le certificat de sécurité, sauf dans la mesure où cette divulgation risquerait de mettre en péril la sécurité nationale du Canada. Comme corollaire, cette obligation de communication implique un devoir de conservation de ces informations dans les limites prévues par la législation gouvernant les activités du *SCRS*. L’appel de M. Charkaoui doit donc être accueilli pour reconnaître l’existence de ces obligations de conservation et de divulgation. Nous rejetons toutefois la demande d’arrêt des procédures car elle ne serait pas une réparation appropriée dans les circonstances.

## II. Historique de l’affaire

### A. *Délivrance d’un certificat de sécurité contre M. Charkaoui*

[3] Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le solliciteur général, maintenant le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (les « ministres »), signent le 9 mai 2003 un certificat de sécurité contre l’appelant, en vertu du par. 77(1) *LIPR*. L’appelant est arrêté et détenu le 21 mai suivant. Ensuite, le juge Noël de la Cour fédérale est nommé juge désigné selon les dispositions

to determine whether the certificate issued against Mr. Charkaoui was reasonable.

**B. *IRPA Declared Unconstitutional and Bill C-3 Enacted***

[4] This appeal represents a new episode in the legal proceedings involving the appellant and the ministers. In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9, the Court considered the constitutionality of the procedure established under the *IRPA* for determining whether a security certificate is reasonable and for reviewing the detention of the person named in the certificate (the “named person”). On that occasion, the Court held that certain aspects of that procedure deprived the appellant of his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that was inconsistent with the principles of fundamental justice. The Court found, *inter alia*, that the *IRPA* did not adequately protect the right of the named person to a fair hearing, and therefore struck down certain of its provisions. However, the declaration of invalidity was suspended for one year to allow Parliament to amend the legislation. Parliament subsequently enacted the *Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3 (“Bill C-3”), which received Royal Assent on February 14, 2008 and came into force on February 22, 2008.

**C. *Continuation of the Hearings in the Federal Court, Incidents Relating to the Disclosure of New Information to the Designated Judge, and Application for a Stay of Proceedings***

[5] The proceedings to review the security certificate and the detention of the appellant continued under the scheme established by the *IRPA* before the Bill C-3 amendments. Problems with respect to the disclosure of evidence arose in the course of those proceedings, and they resulted in the application for a stay and the appeal now before this Court. To understand this case, it is important to review

pertinentes de la *LIPR* pour examiner le caractère raisonnable du certificat délivré contre M. Charkaoui.

**B. *Déclaration d'inconstitutionnalité de la LIPR et projet de loi C-3***

[4] Le pourvoi représente un nouvel épisode des débats judiciaires entre l'appellant et les ministres. Dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, notre Cour a examiné la constitutionnalité des procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité et de contrôle de la détention de la personne visée par ce certificat établies par la *LIPR*. Notre Cour a alors statué que certains aspects de ces procédures portaient, aux droits garantis à l'appellant par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une atteinte incompatible avec les principes de justice fondamentale. Notre Cour a notamment conclu que la *LIPR* n'assurait pas adéquatement la protection du droit de la personne visée par le certificat à une audition équitable et a donc invalidé certaines de ses dispositions. Son jugement a toutefois suspendu la déclaration d'invalidité pour un an pour permettre au Parlement de modifier la loi. Le Parlement a adopté par la suite la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3 (« projet de loi C-3 »). Le projet de loi C-3 a reçu la sanction royale le 14 février 2008 et est entré en vigueur le 22 février 2008.

**C. *Continuation des audiences devant la Cour fédérale, incidents relatifs à la communication de nouveaux éléments d'information devant le juge désigné et demande d'arrêt des procédures***

[5] Entre-temps, les procédures d'examen du certificat de sécurité et de la détention se sont continuées conformément au régime établi par la *LIPR* avant les modifications apportées par le projet de loi C-3. Des difficultés liées à la communication de la preuve au cours de ces procédures ont provoqué la demande d'arrêt des procédures et le pourvoi dont notre Cour est maintenant saisie. Pour la

the history of the proceedings and to explain their origin.

[6] It was on May 23, 2003 that the designated judge began reviewing the information in support of the security certificate issued against Mr. Charkaoui. On June 25, 2003, Mr. Charkaoui filed a motion to declare Division 9 of Part 1 of the *IRPA* unconstitutional, and this Court ruled on that motion in *Charkaoui*.

[7] Soon afterward, in July 2003, the appellant applied to the ministers for protection pursuant to the pre-removal risk assessment procedure. The filing of this application automatically suspended the review of the reasonableness of the certificate. The application for protection was dismissed on August 6, 2004, after which, on November 9, 2004, Noël J. scheduled a hearing on the reasonableness of the certificate for February 21, 2005. However, upon learning that Moroccan authorities had issued a warrant for Mr. Charkaoui's arrest, the judge quashed the ministers' decision to reject the pre-removal risk assessment application for protection on March 22, 2005. Mr. Charkaoui then reapplied to the ministers for protection. The judge also granted him, as a matter of right, a suspension of the review of the reasonableness of the certificate. The suspension of the proceeding was still in effect at the time of the hearing on this appeal, since the ministers had not yet decided on Mr. Charkaoui's application for protection.

[8] In the course of these proceedings, Mr. Charkaoui applied on several occasions for his release from custody. He first applied for release on June 25, 2003. That application, heard on July 2 and 3, 2003, was dismissed by the judge on July 15, 2003. Mr. Charkaoui made two other unsuccessful applications in 2003 and 2004. On November 9, 2004, the judge scheduled a fourth detention review for January 10, 2005. In the meantime, on December 30, 2004, counsel for the ministers asked the judge to hold an *in camera* hearing, in the absence of Mr. Charkaoui and his lawyer. Despite

bonne compréhension de ce dossier, il importe de rappeler le déroulement de la procédure et d'expliquer l'origine du présent débat judiciaire.

[6] Le juge désigné entame l'examen des renseignements au soutien du certificat de sécurité délivré contre M. Charkaoui le 23 mai 2003. Le 25 juin 2003, M. Charkaoui dépose une requête en déclaration d'inconstitutionnalité de la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* sur laquelle notre Cour statue dans *Charkaoui*.

[7] En parallèle, en juillet 2003, l'appelant présente aux ministres une demande de protection dans le cadre de la procédure d'examen des risques avant renvoi. Le dépôt de cette demande provoque la suspension automatique de l'évaluation du caractère raisonnable du certificat. Après le rejet de la demande de protection le 6 août 2004, le juge Noël, le 9 novembre 2004, fixe au 21 février 2005 l'audition portant sur le caractère raisonnable du certificat. Cependant, le 22 mars 2005, en raison de la découverte du fait que M. Charkaoui était visé par un mandat d'arrestation lancé par les autorités marocaines, le juge annule la décision des ministres de rejeter la demande de protection dans le cadre de la procédure d'examen des risques avant renvoi. Monsieur Charkaoui présente alors une nouvelle demande de protection aux ministres. Il obtient également du juge la suspension de plein droit de l'examen du caractère raisonnable du certificat. L'instance était toujours suspendue au moment de l'audition du pourvoi devant nous, les ministres n'ayant encore pris aucune décision au sujet de la demande de protection de M. Charkaoui.

[8] Au cours de ces procédures, M. Charkaoui réclame sa mise en liberté à plusieurs reprises. Le 25 juin 2003, il présente une première demande de mise en liberté dont l'audition commence les 2 et 3 juillet 2003 et que le juge rejette le 15 juillet 2003. Monsieur Charkaoui échoue dans deux autres demandes en 2003 et 2004. Le 9 novembre 2004, le juge fixe au 10 janvier 2005 la quatrième révision de la détention de l'appelant. Entre-temps, le 30 décembre 2004, les avocats des ministres demandent au juge une audience à huis clos, en l'absence de M. Charkaoui et de son avocat. En dépit des

objections by the appellant and his lawyer, the judge heard counsel for the ministers *in camera* on January 5, 2005. Counsel informed him that they had recently taken cognizance of a document that should have been disclosed to Mr. Charkaoui at the outset of the proceedings in 2003. This document, they explained, had not been disclosed because of an oversight. The document consisted of a summary of two interviews Mr. Charkaoui had had with CSIS officers on January 31 and February 2, 2002. The judge ordered that the summary be disclosed to Mr. Charkaoui's counsel forthwith.

[9] At this same *ex parte* hearing held *in camera* on January 5, 2005, counsel for the ministers filed fresh allegations about Mr. Charkaoui. These allegations were based on information that was not in his file when the ministers signed the security certificate. They concerned, among other things, Mr. Charkaoui's involvement in incidents in Morocco. On January 6, 2005, Noël J. disclosed a summary of this new information to Mr. Charkaoui.

[10] At the January 10, 2005 hearing on the fourth detention review, the judge offered to adjourn the hearing and grant Mr. Charkaoui a postponement, which Mr. Charkaoui accepted. Mr. Charkaoui then filed a motion to exclude the new evidence. He also requested that the complete notes of the two interviews conducted by CSIS on January 31 and February 2, 2002 be disclosed to him together with the recordings of the interviews.

[11] The ministers informed the judge that it was impossible to accede to this request for disclosure. They told him that there were no recordings in the file and that notes of interviews conducted by CSIS officers are, in accordance with the agency's internal policy OPS-217, systematically destroyed once the officers have completed their reports. In response to this refusal, Mr. Charkaoui alleged that his right to procedural fairness had been violated. He accordingly filed, on January 12, 2005, a motion for a stay of proceedings, in which he asked that the certificate be quashed and that he be released.

objections de ces derniers, le 5 janvier 2005, le juge entend à huis clos les procureurs des ministres. Ceux-ci l'informent qu'ils ont pris connaissance récemment d'un document qui aurait dû être communiqué à M. Charkaoui dès le début des procédures en 2003, mais qui, par inadvertance, ne l'a pas été. Ce document consiste en un sommaire de deux entrevues de M. Charkaoui avec les agents du SCRS, le 31 janvier et le 2 février 2002. Le juge ordonne alors la divulgation immédiate du sommaire aux procureurs de M. Charkaoui.

[9] De plus, au cours de cette même audience *ex parte* et à huis clos du 5 janvier 2005, les procureurs des ministres déposent de nouvelles allégations au sujet de M. Charkaoui. Ces allégations se fondent sur de nouveaux renseignements qui ne faisaient pas partie du dossier lorsque les ministres ont signé le certificat de sécurité. Elles portent notamment sur l'implication de M. Charkaoui dans des événements survenus au Maroc. Le 6 janvier 2005, le juge Noël communique à M. Charkaoui un résumé de ces nouvelles informations.

[10] Durant l'audition du 10 janvier 2005 portant sur la quatrième révision de la détention, le juge offre à M. Charkaoui, qui l'accepte, d'ajourner l'audience et de lui accorder une remise. Monsieur Charkaoui présente alors une requête afin d'obtenir l'exclusion de la preuve nouvelle. Il demande également que lui soient communiquées les notes complètes des deux entrevues menées par le SCRS le 31 janvier et le 2 février 2002, de même que les enregistrements de celles-ci.

[11] À la suite de cette demande de communication de la preuve, les ministres informent le juge qu'il est impossible d'y donner effet. Ils indiquent au juge que le dossier ne contient pas d'enregistrements et que les notes des entrevues réalisées par les agents du SCRS sont systématiquement détruites lorsque leur rapport est finalisé, conformément à la politique interne OPS-217 de cet organisme. Devant ce refus, M. Charkaoui invoque une violation de son droit à l'équité procédurale. Le 12 janvier 2005, il présente donc au juge une requête en arrêt des procédures, en vue d'obtenir l'annulation

In the alternative, he asked that the new evidence introduced by the ministers on January 5, 2005 be excluded.

[12] The hearing on the fourth review of Mr. Charkaoui's detention was held on February 7, 2005. On February 17, 2005, the judge granted him a conditional release. The decisions of the courts below that are in issue in this appeal relate to the application for a stay filed by Mr. Charkaoui in response to the new evidence introduced by the ministers. Mr. Charkaoui remains at liberty, and the conditions of his release are not in issue on this appeal.

### III. Decisions of the Courts Below

#### A. *Federal Court* (2005), 261 F.T.R. 1, 2005 FC 149

[13] On January 20, 2005, Noël J. dismissed Mr. Charkaoui's application to stay the proceedings and quash the security certificate. In his view, the delay granted to Mr. Charkaoui to take cognizance of the new evidence and the fact that he could testify and relate his own version of the CSIS interviews were sufficient to neutralize any breach of procedural fairness that might have been caused by the late disclosure of the new evidence and the destruction of the notes and recordings of the interviews. Moreover, since the new evidence introduced on January 5, 2005 was of marginal significance relative to the whole of the evidence already in the record and did not substantiate the allegations on which the security certificate was based, the judge concluded that Mr. Charkaoui had in no way been deprived of his right to procedural fairness under s. 7 of the *Charter*. Consequently, the judge did not consider it necessary to discuss the role played by CSIS in the *IRPA*'s procedures relating to security certificates. He noted that CSIS is not a police agency responsible for laying criminal charges. In his view, its activities were governed by administrative law and were therefore not subject to the duties of a police force under criminal law.

[14] The judge then turned to the application to exclude the new evidence, which he also dismissed.

du certificat et sa remise en liberté et, subsidiairement, l'exclusion de la preuve nouvelle produite par les ministres le 5 janvier 2005.

[12] L'audition de la quatrième révision de la détention de M. Charkaoui se tient le 7 février 2005. Le 17 février 2005, le juge accorde à M. Charkaoui une libération conditionnelle. Les décisions des tribunaux inférieurs attaquées devant nous portent sur la demande d'arrêt des procédures de M. Charkaoui provoquée par la production de la nouvelle preuve des ministres. Monsieur Charkaoui demeure en liberté et les modalités de sa libération ne sont pas en cause devant nous.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour fédérale*, [2005] A.C.F. n° 139 (QL), 2005 CF 149

[13] Le 20 janvier 2005, le juge Noël rejette la demande d'arrêt des procédures et d'annulation du certificat de sécurité de M. Charkaoui. À son avis, le délai qui lui a été accordé pour prendre connaissance de la preuve nouvelle et le fait qu'il puisse témoigner et donner sa propre version des entrevues réalisées avec le SCRS permettent de neutraliser toute atteinte à l'équité procédurale que pourraient causer la communication tardive de la preuve nouvelle et la destruction des notes et des enregistrements des entrevues. De plus, puisque la preuve nouvelle du 5 janvier 2005 reste d'importance marginale par rapport à l'ensemble de la preuve déjà versée au dossier, et qu'elle ne sert pas à soutenir les allégations à la base du certificat de sécurité, le juge conclut à l'absence de toute violation du droit de M. Charkaoui à l'équité procédurale protégé par l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, il ne croit pas nécessaire de discuter des liens entre le rôle du SCRS et les procédures relatives aux certificats de sécurité en vertu de la *LIPR*. Selon le juge, le SCRS n'est pas un organisme policier chargé de porter des accusations criminelles. Ses activités relèvent du droit administratif et on ne saurait donc lui imposer les mêmes obligations qu'aux corps policiers en droit pénal.

[14] Le juge passe ensuite à l'examen de la demande d'exclusion de la preuve nouvelle qu'il

In his view, the ministers' authority under s. 78(e) *IRPA* to submit fresh information to the court in support of the allegations means that the information available to and taken into account by the designated judge when reviewing the certificate may be more extensive than the information that was available to the ministers when they decided to issue it. Mr. Charkaoui appealed Noël J.'s decision to the Federal Court of Appeal.

B. *Federal Court of Appeal* (2006), 353 N.R. 319, 2006 FCA 206

[15] Pelletier J.A., writing for the Federal Court of Appeal, concluded that the postponement ordered by the judge was an appropriate remedy for the late disclosure of the new evidence. He also discussed the systematic destruction of interview notes by CSIS. The Federal Court of Appeal agreed with Noël J. that the principles of criminal law relating to the disclosure of evidence do not apply in administrative law matters and therefore do not govern the activities of CSIS. However, Pelletier J.A. rejected the interpretation of s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23 ("*CSIS Act*"), proposed by the ministers to define the scope of the duty to retain information collected by CSIS. In his view, s. 12 does not, as the ministers argued, merely require a minimal retention of the information collected by that organization. Rather Pelletier J.A. noted that the Act recognizes the need, as a practical matter, to retain information obtained by CSIS — information that would otherwise serve no useful purpose.

[16] Pelletier J.A. nonetheless refused to grant the stay of proceedings sought by Mr. Charkaoui. He considered that the destruction of CSIS's notes did not result in any prejudice to Mr. Charkaoui. That they no longer existed could just as easily have worked in his favour as against him. In Pelletier J.A.'s view, extensive evidence had been put before Noël J., who had to assess its consistency and probative value.

rejette également. À son avis, la faculté reconnue aux ministres de présenter devant le tribunal de nouveaux faits à l'appui des allégations, en vertu de l'al. 78e) *LIPR*, signifie que le juge désigné, au cours de sa révision du certificat, peut obtenir et prendre en compte des informations plus étendues que celles dont disposaient les ministres au moment de prendre la décision de le délivrer. Monsieur Charkaoui se pourvoit alors devant la Cour d'appel fédérale.

B. *Cour d'appel fédérale* (2006), 353 N.R. 319, 2006 CAF 206

[15] Le juge Pelletier, au nom de la Cour d'appel fédérale, conclut que la remise ordonnée par le juge constitue une réparation appropriée pour la communication tardive de la preuve nouvelle. Ses motifs examinent aussi la question de la destruction systématique des notes d'entrevue par le SCRS. Comme le juge Noël, la Cour d'appel fédérale estime que les principes de droit criminel portant sur la divulgation et la communication de la preuve ne s'appliquent pas en droit administratif et ne régissent donc pas les activités du SCRS. Toutefois, le juge Pelletier rejette l'interprétation avancée par les ministres de l'art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23 (« *Loi sur le SCRS* »), pour déterminer l'étendue des obligations de conservation des informations recueillies par le SCRS. À son avis, l'art. 12 ne prescrit pas seulement une obligation de conservation minimale de l'information recueillie par cet organisme, comme le plaident les ministres. Le juge Pelletier constate plutôt que la loi reconnaît la nécessité pratique de conserver l'information obtenue par le SCRS, car elle ne servirait autrement à aucune fin utile.

[16] Le juge Pelletier refuse toutefois d'accorder l'arrêt des procédures demandé par M. Charkaoui. En effet, la destruction des notes du SCRS ne lui a causé aucun préjudice. Leur disparition peut autant jouer en sa faveur qu'elle est susceptible de lui nuire. Enfin, selon le juge Pelletier, le juge Noël a pu prendre en compte un vaste ensemble d'éléments de preuve, dont il a dû évaluer la cohérence et la force probante.

[17] Pelletier J.A. also rejected Mr. Charkaoui's submission that the judge, in reviewing the security certificate, could consider only the evidence that was in the ministers' possession at the time the certificate was issued and therefore had to exclude the new evidence. According to Pelletier J.A., the wording of s. 78(b), (d), (e) and (j) IRPA confirms that Parliament intended to allow the judge to receive all the information and evidence on which the certificate is based and to accept any material he or she considers appropriate, whether or not it would be admissible in a court of law.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[18] We note from the outset that this appeal cannot serve as an occasion to revisit the issue resolved by the Court in *Charkaoui*. There is thus no need to reconsider here the constitutionality of the rules and procedures applicable to the issuance of security certificates. Nor do we need to examine Bill C-3. No issues requiring an interpretation of Bill C-3 or relating to its constitutionality are now before the Court.

[19] It is important to be clear about the scope of Mr. Charkaoui's appeal. This appeal concerns interlocutory decisions by Noël J. relating to a specific aspect of the proceedings against Mr. Charkaoui, namely, the retention and disclosure of information in the possession of CSIS. Our discussion will therefore be limited to these questions:

- (a) What are the nature and scope of CSIS's duty to retain information?
- (b) Does CSIS have a duty to disclose information in its possession? If so, what are the bases and scope of the duty to disclose such information? For whose benefit does this duty exist?

[17] Le juge Pelletier rejette aussi les prétentions de M. Charkaoui selon lesquelles le juge ne pouvait prendre en considération au cours de la révision du certificat de sécurité que les informations dont disposaient les ministres au moment de sa délivrance et devait donc exclure la preuve nouvelle qu'ils présentaient. Selon le juge Pelletier, la rédaction des al. 78b), d), e) et j) LIPR, confirme l'intention du législateur de permettre au juge de recevoir tous les renseignements et tous les éléments de preuve justifiant le certificat et de retenir toute preuve qu'il croit utile, sans égard à leur admissibilité devant une cour de justice.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige*

[18] Nous tenons à souligner d'emblée que cet appel ne saurait être l'occasion d'une reprise du débat judiciaire sur lequel notre Cour a statué dans son arrêt *Charkaoui*. Nous n'examinerons donc pas à nouveau la validité constitutionnelle des règles et procédures applicables à la délivrance des certificats de sécurité. De plus, nous n'avons pas à étudier le projet de loi C-3. Notre Cour n'est saisie d'aucun débat sur son interprétation ou sur sa validité constitutionnelle.

[19] Il importe de bien comprendre la portée du pourvoi de M. Charkaoui. Son appel porte sur des décisions interlocutoires prises par le juge Noël à l'égard d'un aspect précis des procédures engagées contre lui, soit la conservation et la communication de l'information détenue par le SCRS. Ainsi, nous étudierons uniquement une série de questions soulevées par ce problème :

- a) Quelles sont la nature et la portée de l'obligation de conservation des informations du SCRS?
- b) Le SCRS a-t-il une obligation de communication des informations qu'il détient? Le cas échéant, quels sont les fondements et la portée de l'obligation de communication des informations détenues par le SCRS? En faveur de qui cette obligation existe-t-elle?



- (c) What are the consequences of delays in disclosing information to the designated judge, and what is the appropriate remedy?
- (d) May the designated judge admit new evidence after the security certificate has been issued? Is new evidence admissible at any stage of the proceedings? If so, how does admitting this evidence affect the validity of the certificate?
- (c) Quelles sont les conséquences des retards dans la communication d'informations devant le juge désigné et quelle réparation serait appropriée?
- (d) Une preuve nouvelle est-elle recevable devant le juge désigné, après la délivrance du certificat de sécurité? La preuve nouvelle est-elle admissible à toute étape des procédures? Le cas échéant, quels sont les effets de son admissibilité sur la validité du certificat?

Finally, if relief is warranted, we will determine what remedies are appropriate in the circumstances of this case.

En dernier lieu, le cas échéant, nous déterminerons les réparations appropriées en l'espèce.

#### B. *Duty of CSIS to Retain Information*

#### B. *L'obligation de conservation du SCRS*

##### (1) Statutory Framework of the Mandate of CSIS

##### (1) Le cadre législatif du mandat du SCRS

###### (a) *Enactment of the CSIS Act*

###### a) *Adoption de la Loi sur le SCRS*

[20] Before discussing the duty to retain information collected by CSIS, we must first review the origin and nature of the current statutory framework for the organization's activities. CSIS was created in 1984, when Parliament enacted the *CSIS Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23). When CSIS was established, the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") ceased to exist. The establishment of CSIS was the culmination of the work of the Royal Commission on Security (1969), the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (1981) and the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service (1983).

[20] L'étude de l'obligation de conservation des renseignements recueillis par le SCRS exige au préalable un rappel de l'origine et de la nature du cadre législatif qui gouverne maintenant les activités de cet organisme. La création du SCRS remonte à 1984, lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur le SCRS*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23). L'établissement du SCRS impliquait la disparition du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »). La mise sur pied du SCRS marquait l'aboutissement des travaux de la Commission royale d'enquête sur la sécurité (1969), de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (1981) ainsi que du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité (1983).

###### (b) *Legislative Purpose and Guiding Principles*

###### b) *Objectif législatif et principes directeurs*

[21] The reports of these bodies advocated the creation of a "civilian" security agency that would be entirely separate from and independent of the RCMP, but more closely integrated "with the rest of government" (Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, Second Report, *Freedom and Security Under*

[21] Les rapports de ces organismes préconisaient la création d'un service de sécurité « civil », entièrement distinct et indépendant de la GRC, mais lié de manière plus étroite « au reste de l'administration gouvernementale » (Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, Deuxième rapport, *La liberté et la sécurité*

*the Law*, vol. 2, August 1981, at p. 753; see also the *Report of the Royal Commission on Security* (abridged, June 1969), at p. 21, and the report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*, November 3, 1983, at para. 19). The collection of security intelligence and information was seen as a specialized function distinct from policing (Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, Second Report, vol. 2, at p. 759).

[22] Since CSIS was to be granted broad powers of investigation, it was recommended as well that its functions should be strictly related to the objective of protecting the security of Canada:

A credible and effective security intelligence agency does need to have some extraordinary powers, and does need to collect and analyze information in a way which may infringe on the civil liberties of some. But it must also be strictly controlled, and have no more power than is necessary to accomplish its objectives, which must in turn not exceed what is necessary for the protection of the security of Canada.

(Report of the Special Senate Committee, at para. 25)

[23] The Report of the Special Senate Committee, which was prepared after Bill C-157 (*Canadian Security Intelligence Service Act*) had been tabled, stressed the distinction between the policing function and the role of an intelligence agency. Law enforcement agencies generally react to the commission of criminal offences, whereas those responsible for prevention and for the protection of security must try to anticipate threatening events (para. 14). Finally, as the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police noted, ministers and senior officials have a role in the decision-making process of a security agency that they do not have where law enforcement operations are concerned (Second Report, vol. 2, at p. 757; see

*devant la loi*, vol. 2, août 1981, p. 793; voir aussi le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité* (version abrégée, juin 1969), p. 27, et celui du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*, 3 novembre 1983, par. 19). En effet, la collecte de renseignements et d'informations de sécurité était comprise comme une fonction spécialisée, bien distincte de l'action policière (Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, Deuxième rapport, vol. 2, p. 799).

[22] De plus, il était recommandé que les fonctions confiées au SCRS, désormais titulaire de vastes pouvoirs d'enquête, soient strictement rattachées à l'objectif de préservation de la sécurité du Canada :

Un service du renseignement de sécurité doit, pour être crédible et efficace, jouir de pouvoirs extraordinaires et être en mesure de recueillir et d'analyser de l'information en empiétant parfois sur les libertés civiles des uns ou des autres. Mais il doit aussi être assujéti à des contrôles sévères et ne pas disposer de plus de pouvoirs qu'il ne lui en faut pour atteindre ses objectifs, qui doivent eux-mêmes se limiter à ce qui est requis pour assurer la sécurité du Canada.

(Rapport du comité sénatorial spécial, par. 25)

[23] D'ailleurs, le Rapport du comité sénatorial spécial, rédigé à la suite du dépôt du projet de loi C-157 (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*), soulignait la différence entre la fonction policière et le rôle d'un service de renseignement. L'organisme chargé de faire respecter la loi agit généralement en réaction à la perpétration d'un acte criminel, alors que celui auquel est confiée la fonction de prévention et de protection de la sécurité doit chercher à prévoir les événements menaçants (par. 14). Enfin, comme la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada le notait, les ministres et hauts fonctionnaires conservent un rôle dans le processus décisionnel d'un service de sécurité qui leur est refusé dans le cas de la conduite des activités

also the Report of the Special Senate Committee, at para. 15).

(c) *Duties and Functions of CSIS*

[24] The *CSIS Act* reflects the organizational and operational principles recommended in the reports that preceded its enactment. It sets out the various duties and functions delegated to CSIS, including the following examples. CSIS is primarily responsible for collecting “information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada” (s. 12). There are also situations in which it provides “security assessments to departments of the Government of Canada” (s. 13) or gives advice, or provides a minister with information on matters relating to the security of Canada (s. 14). CSIS may conduct investigations into such matters (s. 15). It may also collaborate with the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs to collect information or intelligence relating to the activities of a foreign state or persons other than citizens or permanent residents of Canada (s. 16). Finally, information with respect to a criminal prosecution that is collected by CSIS in the performance of its duties and functions may, under certain conditions, be disclosed to peace officers, to the Attorney General of Canada or to the attorney general of a province (s. 19).

(2) Relationship Between the Mandate of CSIS and Problems Resulting From Terrorist and Criminal Activities

[25] In this case, the Federal Court judge noted that CSIS is not a police agency and that its role is not to lay charges. As a result, in his view, it cannot be subject to the same obligations as a police force (para. 17).

[26] Indeed, CSIS is not a police force. This is clear from the legislative history set out above. In reality, however, it must be acknowledged that the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been converging as they, and the

policières (Deuxième rapport, vol. 2, p. 797; voir aussi le Rapport du comité sénatorial spécial, par. 15).

c) *Fonctions du SCRS*

[24] La *Loi sur le SCRS* reflète les principes d'organisation et d'action recommandés par les rapports qui ont précédé son adoption. Cette loi prévoit les diverses fonctions dévolues au SCRS, dont voici quelques exemples. Le SCRS est principalement chargé de recueillir « les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada » (art. 12). Il arrive aussi que le SCRS fournisse « des évaluations de sécurité aux ministères du gouvernement du Canada » (art. 13) ou dispense des conseils, ou transmette de l'information à un ministre quant aux questions de sécurité du Canada (art. 14). Le SCRS peut mener des enquêtes quant à ces questions (art. 15). Le SCRS peut aussi collaborer avec les ministres de la Défense nationale ou des Affaires étrangères afin de recueillir des informations ou des renseignements sur les activités d'un État étranger ou de personnes qui ne sont ni citoyennes ni résidentes permanentes du Canada (art. 16). Enfin, les informations recueillies par le SCRS à l'égard d'une poursuite criminelle dans l'exercice de ses fonctions peuvent être communiquées, suivant certaines conditions, aux agents de la paix, au procureur général du Canada ou à celui d'une province (art. 19).

(2) Liens entre le mandat du SCRS et les problèmes résultant des activités terroristes et criminelles

[25] En l'espèce, la Cour fédérale a noté que le SCRS n'est pas un organisme policier et son rôle n'est pas de porter des accusations. À ce titre, à son avis, on ne peut lui imposer les mêmes obligations qu'à un corps policier (par. 17).

[26] Certes, le SCRS ne constitue pas un service policier. Ce constat ressort de l'historique législatif présenté ci-haut. Cependant, la réalité commande de reconnaître que des convergences se développent entre les activités de la GRC et celles

country, have become increasingly concerned about domestic and international terrorism. The division of work between CSIS and the RCMP in the investigation of terrorist activities is tending to become less clear than the authors of the reports discussed above seem to have originally envisioned.

[27] For example, CSIS occasionally discloses information to the RCMP. In the report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, Commissioner O'Connor pointed out that CSIS and the RCMP frequently interact with respect to national security-related intelligence:

CSIS may . . . disclose information to police officers if the information could be used to investigate or prosecute any alleged contravention of federal or provincial law. . . . The primary form of interaction between [CSIS and the RCMP] is the exchange of information. A significant portion of the national security-related information and intelligence that the RCMP receives comes from CSIS; thus, a significant amount of the RCMP's national security work is initiated by information received from CSIS. [Emphasis added.]

(*A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 138-39)

[28] In this light, we would qualify the finding of the Federal Court that CSIS cannot be subject to the same duties as a police force on the basis that their roles in respect of public safety are, in theory, diametrically opposed. The reality is different and some qualification is necessary.

### (3) Rules and Policies on Retention

[29] Mr. Charkaoui has since 2003 repeatedly requested the production of the witness statements that convinced the ministers to issue the security certificate. An oral request was made on July 3, 2003, and a formal motion for full disclosure of the evidence before the judge, including all witness statements (his own among them) and recordings, was filed on October 17, 2003. At the hearing on

du SCRS depuis que le terrorisme national et international est devenu une préoccupation croissante pour ces organismes et pour le Canada. Le partage des tâches accomplies par le SCRS et la GRC, en matière d'enquête sur des activités terroristes, tend à devenir moins net que les auteurs des rapports cités plus haut semblaient l'envisager à l'origine.

[27] À preuve, il arrive que le SCRS communique de l'information à la GRC. Dans son rapport suivant la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, le commissaire O'Connor soulignait que le SCRS et la GRC interagissent fréquemment au sujet de renseignements relatifs à la sécurité nationale :

Le SCRS peut [. . .] communiquer à des agents de police de l'information pouvant servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale. [. . .] La principale forme d'interaction entre [le SCRS et la GRC] est l'échange d'information. Une importante partie de l'information et des renseignements relatifs à la sécurité nationale que reçoit la GRC provient du SCRS. En conséquence, une importante partie du travail qu'accomplit la GRC en matière de sécurité nationale découle d'informations du SCRS. [Nous soulignons.]

(*Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 156)

[28] Dans ce contexte, nous ne partageons pas entièrement l'avis de la Cour fédérale selon lequel on ne peut imposer les mêmes obligations au SCRS qu'à un organe policier du fait qu'ils remplissent en principe des rôles diamétralement opposés en matière de sécurité publique. La réalité diffère et impose certaines nuances.

### (3) Règles et politiques de conservation

[29] Dans le cadre de cette affaire, M. Charkaoui demandait, depuis 2003, la production des déclarations des témoins dont les propos ont convaincu les ministres de délivrer le certificat de sécurité. En effet, une requête verbale avait été formulée le 3 juillet 2003, et une requête formelle en divulgation complète de la preuve devant le juge, y compris toutes les déclarations des témoins (dont

January 10, 2005, Mr. Charkaoui again put questions to the designated judge to obtain more information about the evidence disclosed on January 5 and 6, 2005. Regarding the evidence disclosed on January 5, Mr. Charkaoui wanted to find out whether the Court record contained a mechanical recording of and notes from his interviews or his own written statements, which CSIS had apparently summarized. Mr. Charkaoui also sought information about the 5 percent of the evidence that was not disclosed in what he received on January 6. His applications thus raised the issue of the policies of CSIS relating to the retention and destruction of notes.

[30] Mr. Charkaoui learned only in January 2005, through information received from counsel for the ministers, of CSIS's policy of destroying operational notes. The CSIS policy on the management of operational notes, identified as OPS-217, was adopted to control the use and retention of operational notes. It was first adopted on December 15, 1994, and was then renewed on June 19, 2001 and May 1, 2006. This Court had access to the first two versions of OPS-217, which are for all practical purposes identical (except for one word). The respondents assured the Court that the policy on operational notes was not changed when the third version was adopted.

#### *Policy OPS-217*

[31] The “policy provides the principles for the handling and retention of operational notes” (para. 1.4). Operational notes include information recorded on or in the following formats:

Any rough note, preliminary draft, drawing, diagram, photograph, calculation, audio or video recording, electronically stored information or other material made by an employee which is to be used in the preparation of a record of the Service. [para. 1.12]

[32] The policy stresses the confidential nature of operational notes, which, if compromised, could

les siennes) et les enregistrements, a été présentée le 17 octobre 2003. En cours d'instance, le 10 janvier 2005, M. Charkaoui a à nouveau posé des questions au juge désigné afin d'obtenir davantage de précisions quant à la preuve divulguée les 5 et 6 janvier 2005. Dans le cas du dossier du 5 janvier, M. Charkaoui souhaitait savoir si le dossier de la Cour contenait un enregistrement mécanique et des notes d'entrevues ou déclarations écrites de lui-même, que le SCRS aurait résumées. Monsieur Charkaoui recherchait aussi des informations sur les 5 p. 100 de preuve non divulguée dans le dossier du 6 janvier. Ses demandes ont alors soulevé le problème des politiques de conservation et de destruction des notes du SCRS.

[30] Monsieur Charkaoui n'apprit qu'en janvier 2005 l'existence de la politique de destruction des notes opérationnelles du SCRS grâce à des informations reçues des procureurs des ministres. La politique du SCRS concernant la gestion des notes opérationnelles, intitulée OPS-217, a été adoptée dans le but de gérer l'utilisation et la conservation des notes opérationnelles. Cette politique a d'abord été adoptée le 15 décembre 1994, puis renouvelée les 19 juin 2001 et 1<sup>er</sup> mai 2006. Notre Cour a eu accès aux deux premières versions de la politique OPS-217, qui sont à toutes fins pratiques identiques (sauf un mot). Les intimés ont assuré notre Cour que la politique de traitement des notes opérationnelles n'a pas été modifiée lors de l'adoption de sa troisième version.

#### *La politique OPS-217*

[31] La « politique énonce les principes sur lesquels reposent la manipulation et la conservation des notes opérationnelles » (art. 1.4). Les notes opérationnelles incluent les informations contenues sur et dans les supports suivants :

Tout brouillon, premier jet, dessin, diagramme, calcul, enregistrement audio ou vidéo, toute photographie ou information consignée sur un support électronique ou toute autre indication que fait un employé pour pouvoir plus facilement rédiger un document du Service. [art. 1.12]

[32] La politique insiste sur le caractère confidentiel des notes opérationnelles, dont la fuite pourrait

cause injury to the national interest or harm to an individual affected by their content (paras. 2.2 and 2.3). When taking notes, employees must therefore do everything necessary to keep them confidential (para. 3.2).

[33] According to the policy, operational notes are temporary in nature (paras. 1.2 and 3.1). They must be destroyed after they have been transcribed into a report by the employee who took them (paras. 2.4, 2.4.1 and 3.5).

[34] The policy does not appear to require CSIS employees to consult a supervisor or obtain his or her authorization before destroying their notes. Supervisors become involved only if employees believe that they “have acquired information of possible evidentiary value” (para. 3.6). Information of possible evidentiary value is most likely information that concerns crimes (paras. 3.6.1 and 3.7).

[35] The policy provides two justifications for retaining notes. First, relevant portions of notes may be retained where “information in [them], such as a sketch or diagram, cannot be transcribed into a report”. Second, notes of CSIS employees must be retained where “information contained in the notes may be crucial to the investigation of an unlawful act of a serious nature and employees may require their notes to refresh their memories prior to recounting the facts of an event” (para. 3.5).

[36] We will now consider the validity of this policy in light of s. 12 of the *CSIS Act*.

(4) Interpretation of the *CSIS Act* With Respect to Retention

(a) Interpretation of Section 12 of the *CSIS Act*

[37] CSIS based its policy on the management of operational notes on the following provision of its enabling statute:

être préjudiciable aux intérêts nationaux ou à un particulier affecté par leur contenu (art. 2.2 et 2.3). Les employés doivent ainsi, à l’occasion de la prise de notes, prendre les mesures nécessaires afin d’en assurer la confidentialité (art. 3.2).

[33] La politique affirme la nature temporaire des notes opérationnelles (art. 1.2 et 3.1). Celles-ci doivent être détruites après leur transcription dans un rapport par l’employé(e) qui les a consignées (art. 2.4, 2.4.1 et 3.5).

[34] La politique ne semble pas imposer aux employés du SCRS l’obligation de consulter un superviseur ou d’obtenir son autorisation avant de détruire leurs notes. Les superviseurs sont impliqués dans la seule éventualité où un employé estime « avoir acquis des informations susceptibles d’avoir une valeur probante » (art. 3.6). L’information susceptible d’avoir une valeur probante est vraisemblablement celle qui est reliée aux actes criminels (art. 3.6.1 et 3.7).

[35] D’après la politique, deux raisons justifient la conservation des notes. D’abord, on peut conserver les portions pertinentes des notes si elles « contiennent des informations, comme des croquis ou des diagrammes, qui ne peuvent être transcrites dans un rapport ». Ensuite, les notes des employés du SCRS doivent être conservées lorsque la possibilité existe « que les informations contenues dans leurs notes soient cruciales dans le cadre d’une enquête menée sur une activité illicite de nature grave et qu’ils aient besoin de leurs notes pour se rafraîchir la mémoire avant de relater » (art. 3.5).

[36] Nous évaluerons maintenant la validité de cette politique à la lumière de l’art. 12 de la *Loi sur le SCRS*.

(4) Interprétation de la *Loi sur le SCRS* quant à la conservation

a) Interprétation de l’art. 12 de la *Loi sur le SCRS*

[37] Le SCRS a conçu sa politique de gestion des notes opérationnelles à partir de la disposition suivante de sa loi constitutive :

12. The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

[38] Nothing in this provision requires CSIS to destroy the information it collects. Rather, in our view, s. 12 of the *CSIS Act* demands that it retain its operational notes. To paraphrase s. 12, CSIS must acquire information to the extent that it is strictly necessary in order to carry out its mandate, and must then analyse and retain relevant information and intelligence. In short, OPS-217 rests on an erroneous interpretation of s. 12.

(b) *Practical Purpose of Retention*

[39] In our view, the retention of notes must serve a practical purpose. It follows that the meaning of the word “intelligence” in s. 12 of the *CSIS Act* should not be limited to the summaries prepared by officers. The original operational notes will be a better source of information, and of evidence, when they are submitted to the ministers responsible for issuing a security certificate and to the designated judge who will determine whether the certificate is reasonable. Retention of the notes will make it easier to verify the disclosed summaries and information based on those notes. Similarly, it is important that CSIS officers retain access to their operational notes (drafts, diagrams, recordings, photographs) in order to refresh their memories should they have to testify in a proceeding to determine whether a security certificate is reasonable — a proceeding that is not mentioned in OPS-217.

[40] The difficulties caused by OPS-217 are illustrated by a case concerning a complaint filed against the Department of Foreign Affairs and CSIS that was decided by the Chair of the Security Intelligence Review Committee (“SIRC”). In that case, the Department had denied the complainant

12. Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

[38] Rien n'indique, dans cette disposition, que le SCRS est tenu de détruire l'information recueillie. Nous sommes plutôt d'avis que l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS* lui impose une obligation de conserver ses notes opérationnelles. Pour paraphraser l'art. 12, le SCRS doit acquérir de l'information dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de son mandat, puis analyser et conserver les informations et renseignements pertinents. En somme, la politique OPS-217 donne une interprétation erronée de l'art. 12.

b) *L'utilité pratique de la conservation*

[39] La conservation des notes doit avoir, à notre avis, une utilité pratique. Il s'ensuit que le terme « renseignements » à l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS* ne devrait pas être limité de manière à n'inclure que les résumés rédigés par les agents. Les notes opérationnelles originales constitueront une meilleure source d'information, voire de preuve, lorsqu'elles seront remises aux ministres chargés de délivrer un certificat de sécurité, ainsi qu'au juge désigné qui en évaluera le caractère raisonnable. Leur conservation facilitera la vérification des résumés et des informations transmises à partir de ces notes. De même, il est important que les agents du SCRS aient accès à leurs notes opérationnelles (brouillons, diagrammes, enregistrements, photographies) afin de se rafraîchir la mémoire dans l'éventualité où ils devraient témoigner lors d'une procédure d'évaluation du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité — procédure dont il n'est nullement question dans la politique OPS-217.

[40] Une affaire décidée par la présidente du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS »), portant sur une plainte formulée contre le ministère des Affaires étrangères et le SCRS illustre les difficultés causées par la politique OPS-217. Dans ce dossier, le

Liddar a “Top Secret” security clearance. The notes submitted to SIRC by CSIS were not supported by sufficient evidence. SIRC concluded that the report submitted to it in support of the Department’s position was inaccurate and misleading because the information provided by CSIS, which had destroyed its operational notes, was inaccurate and incomplete. SIRC criticized this policy of destroying such notes:

The inability of the investigator who interviewed Mr. Liddar to provide me with the answers that Mr. Liddar gave to important questions highlights a long-running concern of the Review Committee with respect to the CSIS practice of destroying the notes that investigators take of security screening investigations. The issue of what was said during security screening interviews is a perennial source of argument in the course of the Review Committee’s investigation of complaints. Complainants frequently allege that the investigator’s report of their interview is not accurate: that their answers are incomplete, or have been distorted or taken out of context. Even if there were a security concern with allowing a complainant to review notes of questions that were asked and answers given at the interview, there is no reason why such notes could not be preserved for a reasonable period so that they are available to the Review Committee in the event of a complaint in respect of the security screening activity in question. [Emphasis added.]

(*Liddar v. Deputy Head of the Department of Foreign Affairs and International Trade*, File No. 1170/LIDD/04, June 7, 2005, at para. 72)

[41] In his report, Commissioner O’Connor stressed that accuracy is crucial where reported information is concerned and that access to information obtained in a manner that is reliable and did not involve coercion is of critical importance:

The need to be precise and accurate when providing information is obvious. Inaccurate information or mislabeling, even by degree, either alone or taken together with other information, can result in a seriously distorted picture. It can fuel tunnel vision. . . . The need for accuracy and precision when sharing information,

plaignant Liddar s’était vu refuser une cote de sécurité « Très secret » par le ministère. Les notes présentées par le SCRS au CSARS n’étaient pas supportées par une preuve suffisante. Le CSARS a conclu que le rapport présenté devant lui au soutien de la position du ministère était inexact et trompeur en raison du caractère inexact et incomplet de l’information fournie par le SCRS, qui avait détruit ses notes opérationnelles. Le CSARS a alors critiqué cette politique de destruction de ces notes :

L’incapacité de l’enquêteur qui a interviewé M. Liddar à me fournir les réponses de celui-ci à d’importantes questions met en lumière une inquiétude que le Comité de surveillance nourrit depuis longtemps au sujet de la pratique, au SCRS, de détruire les notes prises par les enquêteurs lors des enquêtes de sécurité. La question de savoir ce qui s’est dit pendant les entrevues de filtrage de sécurité est une source de débat aux enquêtes du Comité de surveillance sur les plaintes. Les plaignants allèguent souvent que le compte rendu d’entrevue de l’enquêteur n’est pas exact, que leurs réponses sont incomplètes ou déformées, ou encore prises hors contexte. En dépit de l’inquiétude que suscitait, sur le plan de la sécurité, le fait de laisser un plaignant examiner les notes des questions et des réponses de l’entrevue, il n’y a aucune raison qui empêcherait de conserver ces notes pendant une période raisonnable de façon à pouvoir les mettre à la disposition du Comité de surveillance en cas de plainte concernant l’activité de filtrage de sécurité en question. [Nous soulignons.]

(*Liddar c. Administrateur général du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, Dossier n° 1170/LIDD/04, 7 juin 2005, par. 72)

[41] Dans son rapport, le commissaire O’Connor a insisté sur le caractère crucial de l’exactitude de l’information rapportée, et sur l’importance critique d’un accès à une information obtenue de manière fiable et sans contrainte :

L’exigence de l’exactitude et de la précision de l’information à communiquer est évidente. Une information inexacte ou une mauvaise caractérisation, même relative, prise seule ou avec d’autres éléments d’information, peut donner une image gravement déformée. Elle peut renforcer un « manque d’objectivité » ou une



particularly written information in terrorist investigations, cannot be overstated. [Emphasis added.]

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006), at p. 114)

[42] Where the assessment of the reasonableness of a security certificate is concerned, the ability of the ministers and of the designated judge to properly perform their respective duties regarding the issuance and review of security certificates, and the review of the detention of persons named in such certificates, may be compromised by the destruction of original documents. The submission of operational notes to the ministers and to the designated judge may be necessary to ensure that a complete and objective version of the facts is available to those responsible for issuing and reviewing the certificate. The retention and accessibility of this information is of particular importance where the person named in the certificate and his or her counsel will often have access only to summaries or truncated versions of the intelligence because of problems connected with the handling of information by intelligence agencies. In addition, the destruction of information may sometimes hinder the ability of designated judges to effectively perform the critical role, delegated to them by law, of assessing the reasonableness of security certificates, reviewing applications for release by named persons and protecting their fundamental rights. We therefore conclude that there is a duty to retain information. We must now define the terms and scope of this duty.

(c) *Duty to Retain Limited to Targeted Investigations*

[43] In our view, as a result of s. 12 of the *CSIS Act*, and for practical reasons, CSIS officers must retain their operational notes when conducting investigations that are not of a general nature. Whenever CSIS conducts an investigation that

« vision étroite des choses » [. . .]. On n'insistera jamais assez sur l'exigence de l'exactitude et de la précision des informations à partager, surtout des informations écrites communiquées dans le cadre d'enquêtes liées au terrorisme. [Nous soulignons.]

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar: Analyse et recommandations* (2006), p. 123)

[42] Dans le contexte de l'évaluation du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, la destruction des documents originaux est susceptible de compromettre la bonne exécution des fonctions déléguées aux ministres et au juge désigné à l'égard de la délivrance des certificats de sécurité, de leur révision et de celle de la détention de la personne visée. La remise des notes opérationnelles aux ministres et au juge désigné peut constituer une condition nécessaire pour assurer qu'une version complète et objective de la situation de fait soit portée devant les personnes chargées de la délivrance du certificat et de son examen. La préservation et l'accessibilité de cette information prennent une importance particulière dans une situation où la personne visée par le certificat et ses avocats n'auront souvent accès qu'à des résumés ou à des versions tronquées des renseignements, en raison des problèmes afférents au traitement de l'information provenant de services de renseignement. Il faut aussi rappeler que la destruction de l'information peut parfois remettre en cause la possibilité pour le juge désigné de remplir efficacement la fonction critique que la loi lui attribue dans l'évaluation du certificat, l'examen des demandes de mise en liberté de la personne visée et la protection de ses droits fondamentaux. Nous concluons donc qu'une obligation de conservation existe. Il faut maintenant en définir les modalités et la portée.

c) *Obligation de conservation limitée aux enquêtes ciblées*

[43] À notre avis, l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS*, ainsi que des raisons pratiques exigent que les notes opérationnelles soient conservées par les agents du SCRS lorsqu'ils quittent le domaine de l'enquête générale. En effet, dans tous les cas où le SCRS

targets a particular individual or group, it may have to pass the information on to external authorities or to a court.

[44] The argument based on the importance of protecting privacy applies primarily to general investigations. Where targeted investigations are concerned, the interests at stake differ. Privacy should of course be respected, but not to the point of giving inaccurate or unverifiable information to the ministers and the judge. In the context of the procedures relating to the issuance of the security certificate and the review of its reasonableness, it may prove necessary to disclose notes to the ministers and the designated judge. The law makes the designated judge responsible for ensuring the confidentiality of information in the proceeding arising from the issuance of a security certificate (pursuant to s. 78(b) of the former *IRPA* (now s. 83(1)(d) of the new *IRPA*)).

[45] One limitation must, however, be noted. Requiring CSIS officers to retain their operational notes will not always fully guarantee the right of named persons to procedural fairness. There will be cases in which officers take note of facts that must remain secret for the named person, whether on national security grounds or for other reasons. Moreover, while it is true that CSIS officers routinely take notes, they doubtless do not prepare accurate transcripts of their interviews with the individuals they are investigating. Finally, important information may go missing as a result of simple human error.

[46] Furthermore, our opinion on the interpretation of s. 12 of the *CSIS Act* and operational policy OPS-217 should not be taken to signify that we consider investigations conducted pursuant to s. 12 and proceedings in which the policy was applied to be unlawful. The seriousness of the consequences of applying this policy may vary considerably. These consequences must be assessed by the designated judge in light of all the information in his or her possession. The fact that the notes are unavailable

mène une enquête ciblée sur une personne ou un groupe en particulier, cet organisme peut avoir à remettre cette information à des autorités externes ou à un tribunal.

[44] L'argument selon lequel il importe de protéger la vie privée se comprend surtout à propos des enquêtes générales. Dans le cas des enquêtes ciblées, les intérêts en cause diffèrent. Il convient certes de respecter la vie privée, mais non au point de transmettre une information inexacte ou invérifiable aux ministres et au juge. Dans le contexte des procédures entourant la délivrance du certificat de sécurité et l'évaluation de son caractère raisonnable, la divulgation des notes aux ministres ainsi qu'au juge désigné peut devenir nécessaire. C'est d'ailleurs le juge désigné qui deviendra responsable, en vertu de la loi, de garantir la confidentialité des renseignements dans les procédures découlant de la délivrance du certificat de sécurité (en vertu de l'al. 78b) de l'ancienne *LIPR* (maintenant l'al. 83(1)d) de la nouvelle *LIPR*)).

[45] Une première réserve s'impose toutefois. La conservation des notes opérationnelles par les agents du SCRS ne deviendra pas toujours une garantie complète du droit à l'équité procédurale. En effet, il surviendra des cas où l'agent prendra note d'un élément qui devrait demeurer secret pour la personne désignée, que ce soit pour des raisons de sécurité nationale ou d'autres motifs. De plus, si les agents du SCRS ont l'habitude de prendre des notes, ils ne rédigent sans doute pas des transcriptions exactes de leurs entrevues avec leurs sujets d'enquête. Enfin, des éléments importants d'information peuvent manquer à cause de simples erreurs humaines.

[46] Il faudra aussi se garder de conclure que notre opinion sur l'interprétation de l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS* et de la politique opérationnelle OPS-217 signifie également que nous concluons à l'illégalité des enquêtes tenues en vertu de l'art. 12 et des procédures où la politique a été utilisée. L'importance des conséquences de l'application de cette politique a pu varier considérablement. Celles-ci devront être évaluées par le juge désigné avec tous les éléments d'information qu'il possède. L'absence des notes en

because they have been destroyed will be a relevant factor, but not determinative, in every case. For the future, this Court's opinion will of course determine the legal frameworks for the interpretation of s. 12 and for the policy on the retention of operational notes.

C. *Conduct of the Proceedings Relating to the Security Certificate and Duty to Disclose Information in the Possession of CSIS*

[47] We turn now to problems concerning the disclosure of information in the possession of CSIS. As we have seen, CSIS occasionally passes information on to various officials and agencies. It may disclose information to police services, to the Attorney General of Canada, to the attorney general of a province, to the Minister of Foreign Affairs and to the Minister of National Defence (s. 19 of the *CSIS Act*). In this section, we will consider the manner in which information in CSIS's possession should be disclosed to the ministers and the designated judge in the context of the proceeding relating to the security certificate. This will require a more nuanced approach than simply importing the model developed by the courts in criminal law. All the interests at stake that relate to public safety and to certain essential functions of the state must be taken into account.

- (1) Review of the Criminal Law Principles Governing Disclosure; Distinguishing the Context of the Security Certificate
  - (a) *Review of the Criminal Law Principles Governing Disclosure*

[48] We begin by reviewing the principles that apply to the disclosure of evidence in criminal law. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, a criminal case, the Court established the rule that a police force's investigation file must be as complete as possible, so that all evidence that might be relevant to the defence can eventually be disclosed to counsel.

raison de leur destruction restera un facteur pertinent mais non déterminant dans tous les cas. Pour l'avenir, l'opinion de notre Cour détermine évidemment le cadre juridique de l'interprétation de l'art. 12 et celui de la politique de conservation des notes opérationnelles.

C. *La conduite des procédures relatives au certificat de sécurité et l'obligation de communication des informations détenues par le SCRS*

[47] Il faut maintenant examiner les problèmes de communication et de divulgation des informations détenues par le SCRS. Nous avons vu que le Service transmet, à l'occasion, de l'information à d'autres entités. Ainsi, le SCRS peut communiquer de l'information aux agents de la paix, au procureur général du Canada, au procureur général d'une province, au ministre des Affaires étrangères et au ministre de la Défense nationale (art. 19 de la *Loi sur le SCRS*). Nous étudierons, dans cette section, la manière dont les informations détenues par le SCRS devraient être communiquées aux ministres et au juge désigné dans le contexte de la procédure relative aux certificats de sécurité. Cette méthode exigera une approche plus nuancée que la simple transposition du modèle que la jurisprudence a établi dans le domaine de la justice pénale. En effet, il importe de prendre en compte l'ensemble des intérêts en jeu qui mettent en cause la sécurité publique et certaines des fonctions essentielles de l'État.

- (1) Rappel des principes sur la communication en matière criminelle; distinction avec la situation visée par les certificats de sécurité
  - a) *Rappel des principes sur la communication en matière criminelle*

[48] Il convient en premier lieu de rappeler les principes applicables en matière criminelle quant à la communication de la preuve. Dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, une affaire de droit criminel, notre Cour a établi la norme selon laquelle les services policiers doivent tenir le dossier d'enquête le plus complet possible, pour que

Otherwise, the right of the accused to make full answer and defence could be impaired:

Apart from the practical advantages . . . there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the [*Charter*] as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [p. 336]

[49] Later, in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, the Court reiterated that the duty to disclose entails a corollary duty to preserve information, exhibits, recordings, investigation notes and any other relevant evidence (see also *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451). There is no question that original notes and recordings are the best evidence.

Since [*Stinchcombe*], the obligation of the Crown to disclose all relevant information in its possession, whether inculpatory or exculpatory, whether the Crown intends to rely on it or not, has been well established. [*La*, para. 16]

(b) *Distinguishing the Context of the Security Certificate*

[50] The principles governing the disclosure of evidence are well established in criminal law, but the proceeding in which the Federal Court determines whether a security certificate is reasonable takes place in a context different from that of a criminal trial. No charges are laid against the person named in the certificate. Instead, the ministers seek to expel the named person from Canada on grounds of prevention or public safety. However, the serious consequences of the procedure on the liberty and security of the named person bring interests protected by s. 7 of the *Charter* into play. A form of disclosure of all the information that goes beyond the mere summaries which are currently provided by CSIS to the ministers and the designated judge is

tous les éléments susceptibles d'être pertinents pour la défense puissent éventuellement être divulgués à celle-ci. Autrement, le droit à la défense pleine et entière de l'accusé risque d'être violé :

Outre les avantages d'ordre pratique [. . .] il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgarion n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la [*Charte*]. [. . .] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [p. 336]

[49] Puis, dans *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, notre Cour a réitéré que l'obligation de divulgation entraîne l'obligation corollaire de conservation des renseignements, des pièces, des enregistrements, des notes d'enquête et de tout autre élément de preuve pertinent (voir aussi *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451). Il ne fait aucun doute, en effet, que les originaux des notes et des enregistrements constituent la meilleure preuve.

Depuis [*Stinchcombe*], il est bien établi que le ministère public a l'obligation de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, qu'ils soient inculpataires ou exculpataires et qu'il compte s'en servir ou non. [*La*, par. 16]

b) *Distinction avec la situation visée par les certificats de sécurité*

[50] Les principes de divulgation de la preuve sont bien établis en droit pénal. L'évaluation du caractère raisonnable des certificats de sécurité devant la Cour fédérale se situe dans un contexte différent de celui du procès pénal. À proprement parler, aucune accusation n'est portée contre la personne visée par le certificat. Dans une optique de prévention ou de protection de la sécurité publique, les ministres veulent expulser du territoire canadien la personne en cause. Cependant, l'importance des conséquences de la procédure pour la liberté et la sécurité de la personne visée mettent en cause des intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Une forme de divulgation de l'ensemble de la preuve, plus complète que les simples résumés fournis aux

required to protect the fundamental rights affected by the security certificate procedure.

[51] In the case at bar, the Federal Court of Appeal refused to impose a duty to disclose on CSIS on the basis that this duty does not apply in administrative law. It relied in particular on the following passage from *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, a case in which this Court had held that the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter* applies only in criminal law matters:

This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area. We should not blur concepts which under our *Charter* are clearly distinct. [Emphasis added; para. 88.]

[52] With this in mind, we pointed out in *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82, that the consequences of a criminal prosecution are severe in comparison with those attached to a question of an administrative nature:

It is important to bear in mind that the *Stinchcombe* principles were enunciated in the particular context of criminal proceedings where the innocence of the accused was at stake. Given the severity of the potential consequences the appropriate level of disclosure was quite high. In these cases, the impugned decisions are purely administrative. These cases do not involve a criminal trial and innocence is not at stake. The *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context. [Emphasis added; para. 91.]

In *May*, inmates were challenging decisions by prison authorities to transfer them.

[53] But whether or not the constitutional guarantees of s. 7 of the *Charter* apply does not turn on a formal distinction between the different areas of law. Rather, it depends on the severity of the consequences of the state's actions for the individual's fundamental interests of liberty and security and,

ministres et au juge désigné par le SCRS selon sa pratique actuelle, s'impose pour protéger les droits fondamentaux affectés par la procédure des certificats de sécurité.

[51] En l'espèce, lorsqu'elle a refusé d'imposer une obligation de divulgation au SCRS, la Cour d'appel fédérale a fondé son raisonnement sur son inapplicabilité en droit administratif. Elle s'est appuyée en particulier sur le passage suivant de *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, une affaire où la Cour a décidé que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l'al. 11b) de la *Charte* ne trouvait application que dans le domaine du droit criminel :

Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l'application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle. Nous devrions éviter de confondre des notions qui, suivant notre *Charte*, sont clairement distinctes. [Nous soulignons; par. 88.]

[52] Dans cette perspective, nous soulignons dans *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809, 2005 CSC 82, la gravité des conséquences découlant d'une poursuite criminelle, en relation avec celles entraînées par une question de nature administrative :

Il importe de se rappeler que les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ont été énoncés dans le contexte particulier d'une instance criminelle mettant en jeu l'innocence de l'accusé. La gravité des conséquences possibles d'une poursuite criminelle explique l'application d'une obligation de communication assez intense. En l'espèce, les décisions attaquées demeurent de nature purement administrative. On ne trouve pas ici de procès criminel et l'innocence des intéressés n'est pas en jeu. Les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas dans ce contexte administratif. [Nous soulignons; par. 91.]

Il s'agissait alors d'une contestation par des détenus de leur transfert par les autorités pénitentiaires.

[53] L'application des garanties constitutionnelles accordées par l'art. 7 de la *Charte* ne dépend toutefois pas d'une distinction formelle entre les différents domaines du droit. Elle dépend plutôt de la gravité des conséquences de l'intervention de l'État sur les intérêts fondamentaux de liberté,

in some cases, the right to life. By its very nature, the security certificate procedure can place these rights in serious jeopardy, as the Court recognized in *Charkaoui*. To protect them, it becomes necessary to recognize a duty to disclose evidence based on s. 7.

[54] Investigations by CSIS play a central role in the decision on the issuance of a security certificate and the consequent removal order. The consequences of security certificates are often more severe than those of many criminal charges. For instance, the possible repercussions of the process range from detention for an indeterminate period to removal from Canada, and sometimes to a risk of persecution, infringement of the right to integrity of the person, or even death. Moreover, as Justice O'Connor observed in his report, "the security certificate process, provides for broader grounds of culpability and lower standards of proof than criminal law" (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*, at p. 436).

[55] Finally, it should be noted that the confirmation that a security certificate is reasonable is not a purely administrative measure, since a Federal Court judge must make that determination. It is therefore simplistic to characterize the proceeding to determine whether a security certificate is reasonable as a purely administrative procedure, as the respondents do.

(2) Duty to Disclose Based on Section 7 and Related to the Severity of the Consequences of the Procedure for the Named Person

[56] In *La* (at para. 20), this Court confirmed that the duty to disclose is included in the rights protected by s. 7. Similarly, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at paras. 39-40, the Court stressed the

de sécurité et parfois de droit à la vie de la personne. Par sa nature, la procédure des certificats de sécurité peut mettre gravement en péril ces droits, comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Charkaoui*. La reconnaissance d'une obligation de divulgation de la preuve fondée sur l'art. 7 devient nécessaire à la préservation de ces droits.

[54] En effet, les enquêtes menées par le SCRS jouent un rôle central dans les décisions relatives à la délivrance des certificats de sécurité et aux mesures d'interdiction de territoire qui en résultent. Ces certificats emportent des conséquences dont la gravité dépasse souvent celles de bien des accusations criminelles. Ainsi, les répercussions possibles du processus vont de la détention pour une durée indéterminée, au renvoi vers l'étranger, et parfois à des risques de persécution ou d'atteinte à l'intégrité de la personne sinon à sa vie. De plus, comme le note le juge O'Connor dans son rapport d'enquête, « les dispositions concernant le processus du certificat de sécurité, prévoient des motifs de culpabilité plus larges et imposent des normes de preuve moins strictes que le *Code criminel* » (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 484).

[55] Enfin, précisons que la confirmation du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas une mesure purement administrative, puisqu'un juge de la Cour fédérale en devient responsable. Il est donc artificiel de qualifier de procédure purement administrative, comme le font les intimés, la procédure entourant la vérification du caractère raisonnable des certificats de sécurité.

(2) Obligation de communication fondée sur l'art. 7, rattachée à la gravité des conséquences de la procédure pour l'individu visé

[56] Dans *La* (par. 20), la Cour a confirmé que l'obligation de divulgation fait partie des droits protégés par l'art. 7. De même, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 39-40, la Cour a souligné l'importance de

importance of adopting a contextual approach in assessing the rules of natural justice and the degree of procedural fairness to which an individual is entitled. In our view, the issuance of a certificate and the consequences thereof, such as detention, demand great respect for the named person's right to procedural fairness. In this context, procedural fairness includes a procedure for verifying the evidence adduced against him or her. It also includes the disclosure of the evidence to the named person, in a manner and within limits that are consistent with legitimate public safety interests.

[57] *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 113, concerned the nature of the right to procedural fairness in a context where a person had been deprived of rights protected by s. 7 of the *Charter*. This Court emphasized the importance of being sensitive to the context of each situation:

[D]eciding what procedural protections must be provided involves consideration of the following factors: (1) the nature of the decision made and the procedures followed in making it, that is, "the closeness of the administrative process to the judicial process"; (2) the role of the particular decision within the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individual affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made concerning the procedure to be followed; and (5) the choice of procedure made by the agency itself . . . [para. 115]

[58] In the context of information provided by CSIS to the ministers and the designated judge, the factors considered in *Suresh* confirm the need for an expanded right to procedural fairness, one which requires the disclosure of information, in the procedures relating to the review of the reasonableness of a security certificate and to its implementation. As we mentioned above, these procedures may, by placing the individual in a critically vulnerable position vis-à-vis the state, have severe consequences for him or her.

[59] It is not enough to say that there is a duty to disclose. We must determine exactly how that duty is to be discharged in the context of the procedures

l'approche contextuelle dans l'évaluation des règles de justice naturelle et du niveau d'équité procédurale auxquelles a droit une personne. À notre avis, la délivrance d'un certificat et ses conséquences comme la détention exigent un grand respect pour l'équité procédurale due à la personne visée. Cette équité procédurale comprend, dans ce contexte, une procédure de vérification de la preuve présentée contre cette personne. Elle inclut également sa communication à la personne visée, selon des modalités et dans des limites qui respectent les intérêts légitimes de la sécurité publique.

[57] L'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 113, a examiné la nature du droit à l'équité procédurale dans un contexte où des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte* étaient atteints. Notre Cour a insisté alors sur l'importance de la prise en compte du contexte de chaque situation :

[P]our décider des garanties procédurales qui doivent être accordées, nous devons tenir compte, entre autres facteurs, (1) de la nature de la décision recherchée et du processus suivi pour y parvenir, savoir « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire », (2) du rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, (3) de l'importance de la décision pour la personne visée, (4) des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris concernant la procédure à suivre et (5) des choix de procédure que l'organisme fait lui-même . . . [par. 115]

[58] Dans le contexte de l'information fournie aux ministres et au juge désigné, l'application des facteurs étudiés dans *Suresh* confirme la nécessité d'un droit élargi à l'équité procédurale, qui impose la divulgation de la preuve, dans le cadre des procédures reliées à l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité et à sa mise en œuvre. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en plaçant la personne dans un état de vulnérabilité critique vis-à-vis de l'État, ces procédures entraînent potentiellement des conséquences graves pour elle.

[59] Il ne suffit pas d'affirmer qu'une obligation de divulgation existe. Il faut préciser comment elle devra être aménagée dans le contexte des

relating to the issuance of a security certificate and the review of its reasonableness, and to the detention review.

(3) Duty Adapted to the Nature of the Procedures Designed to Ensure the Proper Performance of the Mandates of the Ministers and, in Particular, of the Designated Judge

[60] Within the statutory framework applicable to the appeal, which does not include Bill C-3, only the ministers and the designated judge have access to all the evidence. In *Charkaoui*, this Court noted the difficulties that the Act then in force caused in the review of the reasonableness of the certificate and in the detention review, particularly with respect to the assessment of the allegations of fact made against the named person:

Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information. [para. 63]

[61] The destruction of the original documents exacerbates these difficulties. If the original evidence was destroyed, the designated judge has access only to summaries prepared by the state, which means that it will be difficult, if not impossible, to verify the allegations. In criminal law matters, this Court has noted that access to original documents is useful to ensure that the probative value of certain evidence can be assessed effectively. In *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 46, the Court mentioned that viewing a videotape of a police interrogation can assist judges in monitoring interrogation practices, and that interview notes cannot reflect the tone of what was said and any body language that may have been employed.

[62] As things stand, the destruction by CSIS officers of their operational notes compromises the very function of judicial review. To uphold the right to procedural fairness of people in Mr. Charkaoui's position, CSIS should be required to retain all the

procédures relatives à la délivrance et à la vérification du caractère raisonnable des certificats de sécurité, ainsi qu'à la révision de la détention.

(3) Obligation modulée par la nature des procédures destinées à assurer l'exécution correcte du mandat des ministres et surtout du juge désigné

[60] Dans le cadre législatif applicable au pourvoi, qui exclut donc le projet de loi C-3, seuls les ministres et le juge désigné ont accès à l'ensemble de la preuve. Dans *Charkaoui*, notre Cour a souligné les difficultés que la loi alors en vigueur entraînait dans la vérification du caractère raisonnable du certificat et de la détention, notamment quant à l'appréciation des allégations de fait présentées contre la personne visée :

Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables. [par. 63]

[61] La destruction des documents originaux accentue ces difficultés. Si la preuve originale a été détruite, le juge désigné a seulement accès à des résumés produits par l'État dont la contre-vérification risque de devenir problématique, sinon illusoire. En droit criminel, notre Cour a rappelé l'utilité de la disponibilité des documents originaux pour permettre un contrôle effectif de la valeur de certains éléments de preuve. Ainsi, dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 46, notre Cour a souligné que le visionnement d'une bande vidéo contenant un interrogatoire policier permet au juge de contrôler les méthodes d'interrogation, et que des notes qui résument un interrogatoire ne peuvent refléter le ton des propos et le langage corporel qui a pu être utilisé.

[62] Dans l'état actuel des choses, la destruction de leurs notes opérationnelles par les agents du SCRS compromet la fonction même du contrôle judiciaire. Ainsi, afin de respecter le droit à l'équité procédurale des personnes telles que M. Charkaoui, le



information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge. The ministers and the designated judge will in turn be responsible for verifying the information they are given. If, as we suggest, the ministers have access to all the undestroyed “original” evidence, they will be better positioned to make appropriate decisions on issuing a certificate. The designated judge, who will have access to all the evidence, will then exclude any evidence that might pose a threat to national security and summarize the remaining evidence — which he or she will have been able to check for accuracy and reliability — for the named person.

(4) Duty to the Individual Adapted to the Requirements of Confidentiality of the Information in Question That is Being Reviewed by the Designated Judge

[63] The duty of CSIS to retain and disclose the information submitted to the ministers and the designated judge also applies with respect to the person named in the certificate. As this Court recognized in *Charkaoui*, however, confidentiality requirements related to public safety and state interests will place limits on how this duty is discharged. In short, the judge must filter the evidence he or she has verified and determine the limits of the access to which the named person will be entitled at each step of the process, both during the review of the validity of the certificate and at the detention review stage.

(5) Breach of the Duty to Retain and Disclose

[64] In conclusion, it is our view that the destruction of operational notes is a breach of CSIS’s duty to retain and disclose information. CSIS is required — pursuant to s. 12 of the *CSIS Act* and based on a contextual analysis of the case law on the disclosure and retention of evidence — to retain all its operational notes and to disclose them to the ministers for the issuance of a security certificate and subsequently to the designated judge for the review of the reasonableness of the certificate and of the need to detain the named person. This

SCRS devrait être tenu de conserver l’ensemble des renseignements dont il dispose et de les divulguer aux ministres ainsi qu’au juge désigné. Ces derniers seront à leur tour responsables de vérifier l’information qui leur est remise. S’ils ont accès à l’ensemble de la preuve « originale », non détruite, comme nous le suggérons, les ministres seront mieux placés pour prendre les décisions appropriées au sujet de la délivrance du certificat. Puis, le juge désigné, qui aura à sa disposition l’ensemble des renseignements, écartera l’information susceptible de menacer la sécurité nationale et résumera le reste de la preuve, dont il aura pu vérifier l’exactitude et la fiabilité, à l’intention de la personne visée.

(4) Obligation à l’égard de l’individu conditionnée par les exigences de la confidentialité des informations en cause et contrôlée par le juge désigné

[63] L’obligation du SCRS de conserver et de divulguer l’information soumise aux ministres ainsi qu’au juge désigné existe aussi à l’égard de la personne visée par le certificat. Cependant, des impératifs de confidentialité reliés à la sécurité publique et à l’intérêt de l’État en restreindront les modalités d’exécution, comme l’a reconnu l’arrêt *Charkaoui*. En bref, le juge doit filtrer la preuve qu’il aura vérifiée et déterminer les limites de l’accès auquel l’individu visé aura droit à toutes les étapes de la procédure, que ce soit lors de l’étude de la validité du certificat ou à l’étape de la révision de la détention.

(5) Violation de l’obligation de conservation et de communication

[64] Pour conclure, nous sommes d’avis que la destruction des notes opérationnelles viole l’obligation de conservation et de communication du SCRS. En effet, l’art. 12 de la *Loi sur le SCRS*, ainsi qu’une appréciation contextuelle de la jurisprudence en matière de divulgation et de conservation de la preuve, contraignent le SCRS à conserver et à divulguer la totalité de ses notes opérationnelles aux ministres et au juge désigné lors de la délivrance d’un certificat de sécurité, puis lors de l’évaluation du caractère raisonnable du certificat ainsi que de

conclusion flows from the serious consequences the investigation will have for the life, liberty and security of the named person. The designated judge then provides non-privileged information to the named person, as completely as the circumstances allow.

*D. Delay in Disclosing the Information: Problem Corrected by the Designated Judge's Decisions*

[65] The summary of the interviews conducted by CSIS on January 31 and February 2, 2002 should have been disclosed to Mr. Charkaoui at the outset of the proceedings in 2003, but the ministers did not submit it to the designated judge until January 5, 2005, at a hearing held *in camera*, in the absence of Mr. Charkaoui and his counsel. At that time, the judge ordered that this summary be disclosed to Mr. Charkaoui forthwith. As for the new allegations filed by the ministers at that hearing, the judge prepared a summary of them that was disclosed to Mr. Charkaoui the next day, January 6, 2005.

[66] On the other hand, at the hearing on the fourth detention review on January 10, 2005, the designated judge offered to adjourn the hearing and grant Mr. Charkaoui a postponement to examine the additional information before testifying, which Mr. Charkaoui accepted. This hearing was held on February 7, 2005.

[67] In our view, the designated judge granted the appropriate remedy for the late disclosure of the interview summary on January 5, 2005 and of the summary of the new allegations on January 6, 2005. By adjourning the January 10, 2005 hearing and granting a postponement of Mr. Charkaoui's detention review to enable him to prepare his testimony and defence, the judge averted any prejudice that might have resulted from the delay in disclosing the new evidence. Moreover, it was Mr. Charkaoui himself who had been questioned in the interviews of January 31 and February 2, 2002. He therefore had knowledge of the subject and doubtless knew

la nécessité de détenir la personne désignée. Cela s'explique par les conséquences importantes de l'enquête sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne désignée. À son tour, le juge désigné fournira l'information non protégée à la personne visée de la manière la plus complète possible dans les circonstances.

*D. Le délai de communication de l'information : problème corrigé par les décisions du juge désigné*

[65] Rappelons que le sommaire des entrevues réalisées par le SCRS le 31 janvier et le 2 février 2002 aurait dû être communiqué à M. Charkaoui dès le début des procédures en 2003, mais n'a été présenté par les ministres au juge désigné qu'en date du 5 janvier 2005, lors d'une audience tenue à huis clos, en l'absence de M. Charkaoui et de ses procureurs. Le juge désigné a alors ordonné que ce sommaire soit immédiatement communiqué à M. Charkaoui. Quant aux allégations nouvelles soumises par les ministres lors de cette audience, le juge désigné en a fait un résumé qui a été communiqué à M. Charkaoui dès le lendemain, soit le 6 janvier 2005.

[66] Par ailleurs, le 10 janvier 2005, lors de l'audience sur la quatrième révision de la détention, le juge désigné a offert à M. Charkaoui d'ajourner l'audition et de lui accorder une remise afin qu'il puisse prendre connaissance des renseignements additionnels avant qu'il ne témoigne, ce qu'il a accepté. La quatrième révision de la détention a eu lieu le 7 février 2005.

[67] Nous sommes d'avis que le juge désigné a appliqué la réparation appropriée à la communication tardive du sommaire des entrevues, effectuée le 5 janvier 2005, de même qu'à celle du résumé des allégations nouvelles, effectuée le 6 janvier 2005. En ajournant l'audition du 10 janvier 2005 et en accordant une remise de la révision de la détention de M. Charkaoui pour qu'il puisse préparer son témoignage et sa défense, le tribunal a écarté tout préjudice potentiel pouvant découler du délai de communication de la preuve nouvelle. Qui plus est, c'est M. Charkaoui lui-même qui était la personne interrogée lors des entrevues du 31 janvier et du 2 février 2002.

what he had said on that occasion. As a result, he had sufficient time to prepare his testimony.

### E. *New Evidence*

#### (1) Decisions of the Courts Below

[68] In this case, the Federal Court took cognizance of the new evidence approximately 18 months after Mr. Charkaoui's security certificate — the reasonableness of which was not yet confirmed — had been issued. Before the designated judge, Mr. Charkaoui complained that all the information had not been disclosed to the ministers at the time the security certificate was issued and that they therefore did not have all the available information in order to make an informed initial decision.

[69] The designated judge was apparently satisfied that the new evidence submitted to him was reliable (para. 38). According to him, the new facts came from various sources and their reliability had been established using other means of corroboration (paras. 26 and 38).

[70] Pelletier J.A. of the Federal Court of Appeal was of the view that under s. 78 *IRPA*, new evidence may be received at any stage of the judicial review process:

These provisions demonstrate Parliament's intention to allow the judge to receive any evidence that pertains to the reasonableness of the certificate, even if some of that evidence was unknown to the Ministers when the certificate was issued. [para. 42]

Pelletier J.A. therefore concluded — correctly, in our opinion — that any new evidence should be admitted, regardless of whether it is submitted to the designated judge by the ministers or by the named person (para. 43).

#### (2) Judicial Review Relates to the Certificate on an Ongoing Basis, Not to the Ministers' Initial Decision

[71] There is a danger in the "perpetual" acceptance of new evidence. It would in theory be possible

Il en connaissait donc le sujet et savait sans doute ce qu'il avait dit à cette occasion. Il a donc disposé d'un délai suffisant pour préparer son témoignage.

### E. *Nouvelle preuve*

#### (1) Rappel des décisions des juridictions inférieures

[68] En l'espèce, la Cour fédérale a pris connaissance de la preuve nouvelle environ 18 mois après la délivrance du certificat de sécurité de M. Charkaoui, certificat dont le caractère raisonnable n'a pas encore été confirmé. Devant le juge désigné, M. Charkaoui s'est plaint que toute l'information n'a pas été communiquée aux ministres lors de la délivrance du certificat de sécurité et que ces derniers n'avaient donc pas toute l'information disponible pour prendre une décision initiale éclairée.

[69] Le juge désigné a semblé convaincu de la fiabilité de la nouvelle preuve qui lui a été présentée (par. 38). Selon lui, les nouveaux faits provenaient de plusieurs sources et d'autres moyens de corroboration ont été utilisés pour établir leur fiabilité (par. 26 et 38).

[70] Le juge Pelletier, à la Cour d'appel fédérale, était d'avis que les dispositions de l'art. 78 *LIPR* permettaient la réception d'une nouvelle preuve à toute étape du contrôle judiciaire :

Ces dispositions font preuve d'une volonté législative de permettre au juge de recevoir et de retenir tous les éléments de preuve qui portent sur le caractère raisonnable du certificat, même si certains de ces éléments n'étaient pas connus par les Ministres lors de l'émission du certificat. [par. 42]

Le juge Pelletier a donc conclu, avec raison selon nous, que toute preuve nouvelle devrait être admise, qu'elle soit soumise au juge désigné par les ministres ou encore par la personne visée (par. 43).

#### (2) Le contrôle judiciaire vise le certificat de manière continue, non pas la décision initiale des ministres

[71] Un danger découle de l'acceptation « perpétuelle » de nouveaux éléments de preuve. Le

for CSIS to intentionally submit an incomplete file to the ministers and then, after the ministers had in turn issued a security certificate and an arrest warrant to detain the named person, to continue accumulating and retaining evidence until the designated judge's review of the reasonableness of the certificate. But as this Court stated in *Charkaoui*, such an approach may sometimes be dictated by national security concerns:

The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person. [para. 24]

With this in mind, it is better to err on the side of caution and allow the ministers to act quickly where necessary, provided that at the time of the detention review by the designated judge there is sufficient evidence to justify the detention.

[72] The English version of s. 78(e) *IRPA* (“on each request . . . made at any time during the proceedings . . .”) suggests that the designated judge may have more information before him or her than the ministers did when they issued the certificate. Furthermore, it should be noted that s. 78 *IRPA* applies to both the review of the security certificate and the detention review (see ss. 77 and 83 *IRPA*). The judge exercises similar powers as regards the admission of evidence.

[73] In short, the ministers may submit new evidence at any point in the process, either in the review of the reasonableness of the certificate or in the detention review. The judicial review process in issue relates, on an ongoing basis, to both the certificate and the detention. It is not limited to a review of the bases for the ministers' initial decision. Furthermore, receiving new evidence in the course of this ongoing verification process is fairer, since such evidence can be as beneficial to the named person as to the ministers.

SCRS pourrait théoriquement déposer à dessein des dossiers incomplets auprès des ministres, qui à leur tour délivreraient des certificats de sécurité et des mandats d'arrestation en vue d'une détention. Puis, le SCRS pourrait continuer à accumuler et à retenir de la preuve, jusqu'au moment où le juge désigné évaluerait le caractère raisonnable du certificat. Or, comme notre Cour l'a remarqué dans *Charkaoui*, il peut parfois s'agir d'un parcours obligé en raison des soucis liés à la sécurité nationale :

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu'il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d'une personne. [par. 24]

En ce sens, il vaut mieux errer du côté de la prudence et permettre aux ministres d'agir rapidement, lorsque nécessaire à la condition de disposer d'une preuve suffisante pour justifier la détention de la personne visée lors de la révision de sa détention par le juge désigné.

[72] La version anglaise de l'al. 78e) *LIPR* (« on each request [. . .] made at any time during the proceedings . . . ») porte à conclure que le juge désigné peut détenir davantage d'information qu'en possédaient les ministres au moment où ces derniers ont délivré le certificat. De plus, il faut noter que l'art. 78 *LIPR* s'applique tant au processus de contrôle du certificat de sécurité qu'à celui du contrôle de la détention (voir les art. 77 et 83 *LIPR*). Le juge exerce des pouvoirs semblables quant à la réception d'éléments de preuve.

[73] En somme, les ministres peuvent soumettre une nouvelle preuve à tout moment du processus, dans le contexte de l'évaluation du caractère raisonnable du certificat ou de la révision de la détention. Le contrôle judiciaire en question vise le certificat et la détention, de manière continue. Il ne se borne pas au contrôle des fondements de la décision initiale des ministres. De plus, la réception d'une nouvelle preuve dans le cadre de cette procédure de vérification continue est plus équitable car cette preuve peut bénéficier autant à la personne visée qu'aux ministres.

## F. Remedies

[74] Mr. Charkaoui asks for a stay of the proceedings relating to the security certificate issued against him. If a stay were granted, the proceedings for his removal would cease. Though the context of this case differs from that of a criminal prosecution, the principles set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, nonetheless remain relevant. Thus, a remedy such as the one requested here is appropriate only if two criteria are met (para. 75):

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

[75] Furthermore, in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, this Court urged the courts to be prudent in resorting to a stay:

A stay of proceedings is only one remedy to an abuse of process, but the most drastic one: “that ultimate remedy”, as this Court in *Tobiass*, [[1997] 3 S.C.R. 391, at para. 86], called it. It is ultimate in the sense that it is final. [para. 53]

[76] Given the finality of the stay of proceedings, it must remain a remedy of last resort:

It must always be remembered that a stay of proceedings is only appropriate “in the clearest of cases”, where the prejudice to the accused’s right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

(*O'Connor*, at para. 82; see also *La*, at para. 23.)

[77] The case at bar is not such a case. The appeal before the Court is from an interlocutory judgment by the designated judge, not from his final decision on the reasonableness of the certificate. Consequently, it would be premature at this stage

## F. Les réparations

[74] Monsieur Charkaoui demande que lui soit accordé l’arrêt des procédures relatives au certificat de sécurité délivré contre lui. Les procédures d’interdiction de territoire engagées contre lui seraient donc complètement arrêtées. Même dans ce contexte qui diffère de celui des poursuites pénales, les principes que notre Cour a déjà eu l’occasion d’énoncer dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, demeurent pertinents. Ainsi, une telle forme de réparation ne s’avère appropriée que lorsque deux critères sont remplis (par. 75) :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[75] De plus, dans *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, la Cour a invité les tribunaux à la prudence à l’égard du recours à l’arrêt des procédures en ces termes :

La suspension des procédures ne constitue qu’une forme de réparation à un abus de procédure, mais celle-ci présente le caractère le plus draconien : c’est « l’ultime réparation », comme l’a qualifiée notre Cour dans l’arrêt *Tobiass*, [[1997] 3 R.C.S. 391, par. 86]. Elle est ultime en ce sens qu’elle est définitive. [par. 53]

[76] Vu le caractère final de cette réparation, l’arrêt des procédures doit demeurer un remède de dernier recours :

Il faut toujours se rappeler que l’arrêt des procédures est approprié uniquement « dans les cas les plus manifestes » lorsqu’il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l’accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l’intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable.

(*O'Connor*, par. 82; voir aussi *La*, par. 23.)

[77] De telles circonstances ne sont pas présentes en l’espèce. En effet, le pourvoi porté devant nous résulte d’un jugement interlocutoire du juge désigné, et non de sa décision finale sur le caractère raisonnable du certificat. Il est par conséquent

of the proceedings for the Court to determine how the destruction of the notes affects the reliability of the evidence. The designated judge will be in a position to make that determination, as he will have all the evidence before him and will be able to summon and question as witnesses those who took the interview notes. If he concludes that there is a reasonable basis for the security certificate but that the destruction of the notes had a prejudicial effect, he will then consider whether Mr. Charkaoui should be granted a remedy. A stay would be an inappropriate remedy here. The only appropriate remedy is to confirm the duty to disclose Mr. Charkaoui's entire file to the designated judge and, after the judge has filtered it, to Mr. Charkaoui and his counsel.

#### V. Disposition

[78] The appeal from the decision of the Federal Court of Appeal is allowed in part with costs to the appellant throughout. However, the application for a stay of proceedings is dismissed.

*Appeal allowed in part, with costs.*

*Solicitors for the appellant: Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & Lafrance, Montréal.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Montréal.*

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

*Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Russell S. Silverstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Poupart, Dadour et Associés, Montréal.*

*Solicitor for the intervener Amnesty International: Community Legal Services (Ottawa Centre), Ottawa.*

prématuré à ce stade des procédures pour la Cour de déterminer quel est l'impact de la destruction des notes sur la fiabilité de la preuve produite. Ceci pourra être évalué par le juge désigné, qui disposera de l'ensemble de la preuve et qui pourra assigner et interroger les témoins qui ont consigné les notes d'entrevues. Si le juge désigné conclut qu'il y a une base raisonnable au soutien du certificat de sécurité, mais que la destruction des notes a eu un impact préjudiciable, il se penchera alors sur le droit à réparation de M. Charkaoui. Un arrêt des procédures serait une réparation inappropriée en l'espèce. La seule réparation convenable demeure la reconnaissance de l'obligation de divulgation de l'ensemble du dossier de M. Charkaoui au juge désigné et, après filtrage, à M. Charkaoui et à ses avocats.

#### V. Dispositif

[78] L'appel de la décision de la Cour d'appel fédérale est accueilli en partie, avec dépens dans toutes les cours en faveur de l'appellant. La demande d'arrêt des procédures est cependant rejetée.

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & Lafrance, Montréal.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Montréal.*

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

*Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Russell S. Silverstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Poupart, Dadour et Associés, Montréal.*

*Procureure de l'intervenante Amnistie internationale : Clinique juridique communautaire (Ottawa Centre), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Québec Immigration Lawyers Association: Pia Zambelli, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Montréal.*

*Procureure de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration : Pia Zambelli, Montréal.*

**Honda Canada Inc., operating as Honda of Canada Mfg.** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

**Kevin Keays** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Manitoba Human Rights Commission, Alliance of Manufacturers & Exporters Canada, Human Resources Professionals Association of Ontario, National ME/FM Action Network, Council of Canadians with Disabilities, Women's Legal Education and Action Fund and Ontario Network of Injured Workers' Groups** *Interveners*

**INDEXED AS: HONDA CANADA INC. v. KEAYS**

**Neutral citation: 2008 SCC 39.**

File No.: 31739.

2008: February 20; 2008: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Employment law — Wrongful dismissal — Notice period — Employee terminated after 14 years of employment — Factors determining reasonable notice of termination of employment — Whether employee's position in company hierarchy relevant factor — Whether 15-month notice period reasonable.*

*Damages — Aggravated damages — Punitive damages — Wrongful dismissal — Employee diagnosed with chronic fatigue syndrome — Employer concerned about*

**Honda Canada Inc., faisant affaire sous la dénomination Honda of Canada Mfg.** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

**Kevin Keays** *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

**Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne du Manitoba, Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada, Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario, National ME/FM Action Network, Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Ontario Network of Injured Workers' Groups** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HONDA CANADA INC. c. KEAYS**

**Référence neutre : 2008 CSC 39.**

N° du greffe : 31739.

2008 : 20 février; 2008 : 27 juin.

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

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

*Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Préavis — Employé congédié après 14 années de service — Facteurs jouant dans la détermination d'un avis raisonnable de cessation d'emploi — Le niveau hiérarchique de l'employé au sein de l'entreprise doit-il être pris en compte? — Un préavis de 15 mois était-il raisonnable?*

*Domages-intérêts — Domages-intérêts majorés — Domages-intérêts punitifs — Congédiement injustifié — Employé atteint du syndrome de la fatigue*



*employee's numerous absences and about his doctor's notes to cover absences, which provided only limited information — Employee dismissed after refusing to meet with employer's doctor — Circumstances in which aggravated damages resulting from manner of dismissal should be awarded — Whether employee entitled to aggravated and punitive damages.*

*Civil procedure — Costs — Costs premium — Whether costs premium should be awarded — Whether costs should be awarded on substantial indemnity scale.*

K had worked 11 years for the same employer, first on an assembly line and later in data entry, when, in 1997, he was diagnosed with chronic fatigue syndrome. He ceased work and received disability benefits until 1998, when his employer's insurer discontinued his benefits. K returned to work and was placed in a disability program that allows employees to take absences from work if they provide doctor's notes confirming that their absences are related to their disability. K's employer became concerned about the frequency of his absences. Moreover, the notes K offered to explain his absences changed in tone, leaving the employer to believe that the doctor did not independently evaluate whether he missed work due to disability. As such, the employer asked K to meet Dr. B, an occupational medical specialist, in order to determine how K's disability could be accommodated. On the advice of his counsel, K refused to meet B without explanation of the purpose, methodology and parameters of the consultation. On March 28, 2000, the employer gave K a letter stating that it supported K's full return to work but that K's employment would be terminated if he refused to meet B. When K remained unwilling to meet B, the employer terminated K's employment.

K sued for wrongful dismissal. The trial judge found that K was entitled to a notice period of 15 months. He held that the employer had committed acts of discrimination, harassment and misconduct against K. He increased the notice period to 24 months to award additional damages dependent on the manner of dismissal. He also awarded punitive damages against the employer in the amount of \$500,000, a costs premium, and costs on a substantial indemnity scale. The Court of Appeal reduced the costs premium and, in a majority decision, reduced the punitive damages award to \$100,000. The Court of Appeal otherwise upheld the trial judge's decision.

*chronique — Employeur rendu soupçonneux par les nombreuses absences de l'employé et par le peu d'information contenue dans les billets du médecin présentés pour justifier celles-ci — Congédiement par suite du refus de l'employé de rencontrer le médecin de l'entreprise — Cas dans lesquels des dommages-intérêts majorés devraient être accordés en raison des circonstances du congédiement — L'employé avait-il droit à des dommages-intérêts majorés et à des dommages-intérêts punitifs?*

*Procédure civile — Dépens — Prime — Y a-t-il lieu d'accorder une prime? — Les dépens devraient-ils être adjugés sur la base d'une indemnisation substantielle?*

K a travaillé 11 ans pour le même employeur, d'abord à la chaîne de montage, puis à la saisie de données. En 1997, on lui a diagnostiqué un syndrome de fatigue chronique. Il a cessé de travailler et a touché des prestations d'invalidité jusqu'à ce que, en 1998, l'assureur de l'entreprise mette fin au versement de celles-ci. K est retourné au travail et on l'a inscrit à un programme de gestion de l'invalidité permettant aux employés de s'absenter moyennant la remise d'un billet de leur médecin confirmant que leur invalidité justifie leur absence. Son employeur a commencé à se soucier de la fréquence de ses absences. De plus, la teneur des billets remis pour justifier celles-ci a changé, ce qui a amené l'employeur à croire que le médecin ne déterminait pas lui-même que l'absence était causée par la déficience. L'employeur a donc demandé à K de rencontrer le Dr B, un spécialiste de la médecine du travail, pour qu'il détermine comment on pouvait composer avec sa déficience. Sur le conseil de son avocat, K a refusé de rencontrer le médecin si on ne lui expliquait pas au préalable l'objectif, la méthode et les paramètres de la consultation. Le 28 mars 2000, l'employeur a remis à K une lettre indiquant qu'il l'appuyait sans réserves dans sa reprise du travail à temps plein, mais que s'il refusait de rencontrer B, il serait congédié. Refusant toujours de se plier à l'exigence, K a été remercié de ses services.

K a intenté une action pour congédiement injustifié. Le juge de première instance a estimé qu'il avait droit à un préavis de 15 mois. Il a conclu que l'employeur s'était livré à des actes répréhensibles, y compris de la discrimination et du harcèlement, à l'endroit de K. Il a porté le préavis à 24 mois afin d'indemniser K en sus pour les circonstances du congédiement. Il a aussi accordé des dommages-intérêts punitifs s'élevant à 500 000 \$, une prime et des dépens d'indemnisation substantielle. La Cour d'appel a réduit la prime, et ses juges majoritaires ont abaissé le montant des dommages-intérêts punitifs à 100 000 \$. Elle a par ailleurs confirmé la décision de première instance.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be dismissed. The award of aggravated damages for manner of dismissal and the award of punitive damages should be set aside. The cost premium should be set aside and costs should be adjusted to reflect an award on the regular scale in the lower courts. Costs are awarded to the employer at the Supreme Court level.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: K was wrongfully dismissed and the award of damages reflecting the need for 15 months' notice should be maintained. In determining what constitutes reasonable notice of termination, courts should consider the character of the lost employment, the employee's length of service, the age of the employee, and the availability of similar employment having regard to the experience, training and qualifications of the employee. These factors can only be applied on a case-by-case basis and no one factor should be given disproportionate weight. No presumptions about the role that an employee's managerial level plays should be adopted in determining reasonable notice. The trial judge erred in alluding to the employer's flat management structure rather than examining K's actual functions; however, on the facts of this case there is no basis to interfere with the assessment of 15 months' notice. [2] [25] [28-30] [32]

An action for wrongful dismissal is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship in the absence of just cause. Generally, damages are not available for the actual loss of a job or for pain and distress suffered as a consequence of being terminated. However, in cases where parties have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause the plaintiff mental distress, the plaintiff is entitled to recover. This is consistent with the view expressed in *Fidler* that all compensatory damages for breach of contract are assessed under one rule, i.e., what was in the reasonable contemplation of the parties (*Hadley v. Baxendale*). In the employment law context, damages resulting from the manner of dismissal will be available if they result from the circumstances described in *Wallace*, namely where the employer engages in conduct during the course of dismissal that is "unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive". These damages should be awarded through an award that reflects actual damages rather than by extending the notice period. [50] [55] [57] [59]

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie quant au pourvoi) : Le pourvoi est accueilli en partie, et le pourvoi incident est rejeté. La décision d'accorder des dommages-intérêts majorés pour les circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est annulée. La prime est annulée, et les dépens sont rajustés selon le barème normal devant les cours inférieures. L'employeur a droit aux dépens devant notre Cour.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : K a fait l'objet d'un congédiement injustifié, et le préavis de 15 mois accordé à titre d'indemnité est confirmé. Pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux doivent prendre en considération la nature de l'emploi, l'ancienneté et l'âge de l'employé, ainsi que la possibilité d'obtenir un poste similaire, compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé. L'appréciation de ces éléments ne peut se faire qu'au cas par cas, et il faut se garder d'attribuer une importance disproportionnée à l'un d'eux. Nulle présomption concernant l'importance du niveau hiérarchique de l'employé ne devrait jouer dans la détermination de l'avis raisonnable. Le juge de première instance a eu tort d'invoquer la structure de gestion peu hiérarchisée au lieu de s'attacher aux fonctions réelles de K; toutefois, vu les faits de l'espèce, il n'y a pas lieu de revenir sur le droit à un préavis de 15 mois. [2] [25] [28-30] [32]

L'action pour congédiement injustifié se fonde sur l'obligation, issue tacitement du contrat de travail, de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation d'emploi en l'absence d'un motif de congédiement valable. En règle générale, l'employé ne peut être indemnisé de la perte de son emploi non plus que des souffrances morales causées par le congédiement. Cependant, lorsque, à la formation du contrat, les parties ont envisagé que dans certaines circonstances, un manquement infligerait un préjudice moral, ce dernier est indemnisable. Cette conclusion est compatible avec l'arrêt *Fidler* dans lequel la Cour a statué que toute indemnité compensatoire pour violation de contrat est déterminée en application d'un principe unique, celui de savoir ce que les parties ont raisonnablement envisagé (*Hadley c. Baxendale*). Dans le contexte du droit du travail, le préjudice causé par les circonstances du congédiement ne sera indemnisable que s'il résulte des actes précisés dans l'arrêt *Wallace*, notamment lorsque, lors du congédiement, l'employeur agit « de façon inéquitable ou [fait] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteu[r], trompeu[r] ou trop implacabl[e] ». L'indemnisation se fera non pas par l'allongement du préavis, mais bien par l'octroi d'une somme dont le montant reflète le préjudice réel. [50] [55] [57] [59]

Aggravated damages should not have been awarded in this case. The employer's conduct in dismissing K was in no way an egregious display of bad faith justifying an award of damages for conduct in dismissal. On this issue, the trial judge made overriding and palpable errors of fact. The employer's March 28 letter to K did not misrepresent the positions of its doctors and it should not have been faulted for relying on the advice of its medical experts. There is no evidence that B took a "hardball" attitude towards workplace absences or that K was being set up when asked to meet B. The employer's request for a meeting between K and B was normal in the circumstances. The employer's decision to stop accepting doctor's notes was not reprisal for K's decision to retain legal counsel. Rather, the employer was simply seeking to confirm K's disability. Lastly, there is no evidence that K's disability subsequent to termination was caused by the manner of termination. [34-35] [38] [40] [43] [46-48]

Similarly, punitive damages should not have been awarded. Punitive damages are restricted to advertent wrongful acts that are so malicious and outrageous that they are deserving of punishment on their own. The facts of this case demonstrate no such conduct. Courts should only resort to punitive damages in exceptional cases and the employer's conduct here was not sufficiently egregious or outrageous to warrant such damages. Even if the facts had justified an award of punitive damages, both the trial judge and the Court of Appeal should have been alert to the fact that the compensatory damages already awarded carried, under the old test, an element of deterrence and they should have questioned whether punitive damages were necessary. This failure resulted in considerable and unnecessary duplication in the award of damages. [61-62] [68-70]

Both the trial judge and the Court of Appeal also erred in concluding that the employer's "discriminatory conduct" amounted to an independent actionable wrong for the purposes of allocating punitive damages. The Ontario *Human Rights Code* provides a comprehensive scheme for the treatment of claims of discrimination. A breach of the Code cannot constitute an actionable wrong; therefore the legal requirement for the common law remedy of punitive damages is not met. Since there is no evidence of discrimination to support a claim of discrimination under the Code and no breach of human rights legislation serves as an actionable wrong, there

Des dommages-intérêts majorés n'auraient pas dû être accordés dans la présente affaire. S'agissant de la manière dont il a congédié K, l'employeur n'a nullement fait preuve d'une mauvaise foi manifeste justifiant une indemnisation pour les circonstances du congédiement. Le juge de première instance a commis des erreurs de fait manifestes et dominantes à cet égard. Dans la lettre du 28 mars qu'il a adressée à K, l'employeur n'a pas dénaturé les avis de ses médecins et l'on ne saurait lui reprocher de s'être fié à l'opinion de ses experts médicaux. Aucune preuve n'établit que B avait une attitude intransigeante vis-à-vis de l'absentéisme au travail ni qu'on a leurré K en lui demandant de le voir. Il était normal, dans les circonstances, que l'employeur demande à K de consulter B. L'employeur n'a pas cessé d'accepter les billets du médecin en guise de représailles à la décision de K de prendre un avocat. Son intention était plutôt de confirmer l'invalidité de K. Enfin, rien ne prouve que les circonstances du congédiement sont la cause de l'invalidité de K subséquente au renvoi. [34-35] [38] [40] [43] [46-48]

De même, des dommages-intérêts punitifs n'auraient pas dû être accordés, car leur octroi est réservé aux cas où l'acte fautif délibéré est si malveillant et inacceptable qu'il justifie une sanction indépendante. L'existence d'un tel comportement ne ressort pas des faits de la présente affaire. Les tribunaux ne devraient accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à titre exceptionnel, et le comportement de l'employeur en l'espèce n'était pas inacceptable ou scandaleux au point de justifier une telle indemnisation. Même si les faits avaient justifié l'attribution de dommages-intérêts punitifs, le juge de première instance et la Cour d'appel auraient dû être conscients du fait que des dommages-intérêts compensatoires avaient déjà été accordés et que, suivant l'ancien critère, ils comportaient un élément de dissuasion. Ils auraient dû également se demander si des dommages-intérêts punitifs s'imposaient. Ces lacunes ont entraîné un chevauchement considérable et injustifié des chefs d'indemnisation. [61-62] [68-70]

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont aussi conclu à tort que le « comportement discriminatoire » de l'employeur était assimilable à une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario prévoit un mécanisme complet pour statuer sur les allégations de discrimination. Une violation du Code ne peut constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action; par conséquent, l'exigence juridique pour l'octroi de dommages-intérêts punitifs à titre de réparation en droit commun n'est pas remplie. Puisque aucune preuve de

is no need to deal with K's request for recognition of a distinct tort of discrimination. [62] [64] [67]

*Per LeBel and Fish JJ.* (dissenting in part on the appeal): The award of additional damages for the manner of the dismissal should stand. No overriding errors were committed by the trial judge in this respect and there is a sufficient foundation for findings of bad faith and discrimination. The punitive damages award, however, had no foundation and overlapped with the damages for manner of dismissal, and should be set aside. The costs premium also should be set aside. While a restatement of the law in respect of damages for wrongful dismissal is necessary, any reform must reflect that a contract of employment is a good faith contract informed by the values protected by the human rights codes and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in respect of discrimination. As such, it must be executed and terminated with good faith and fairness. [81-82] [114] [124]

The evidence supports the trial judge's findings that the employer was unfairly skeptical and sought to justify K's termination or to preclude him from being absent from work without discipline in reliance on his condition. It was fair to characterize the employer's conduct as interference with K's relationship with his treating physician. B was brought in to second-guess the opinion of K's physician and to legitimize efforts to eliminate the need for accommodation. The employer did benefit from K's termination to the extent that he impeded efficiency goals and affected workplace morale. The employer's letter of March 28 was misleading and did misrepresent the opinions of its doctors. B did practise a hardball approach in general toward absences and accommodating disabilities and it was not unreasonable to conclude that K was being set-up for failure by the request that he meet with B. Nor was it a palpable and overriding error to conclude that the employer cancelled K's accommodation as reprisal for asserting his right to proper accommodation through legal counsel. [87-91] [94-95] [99] [112]

discrimination n'étaye une allégation de discrimination suivant le Code et que nulle atteinte aux dispositions sur les droits de la personne ne constitue une faute donnant ouverture à un droit d'action, point n'est besoin de reconnaître un délit distinct de discrimination comme le préconise K. [62] [64] [67]

*Les juges LeBel et Fish* (dissidents en partie quant au pourvoi) : L'octroi de dommages-intérêts supplémentaires pour les circonstances du congédiement devrait être confirmé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur dominante à cet égard, et des éléments de preuve suffisants étayaient ses conclusions relatives à la mauvaise foi et à la discrimination. L'octroi de dommages-intérêts punitifs n'avait cependant aucun fondement et faisait double emploi avec l'indemnité accordée pour les circonstances du congédiement. Il devrait être annulé, tout comme la prime. Un réexamen du droit applicable à l'indemnisation en cas de congédiement injustifié s'impose, mais toute réforme doit respecter le principe selon lequel le contrat de travail est un contrat de bonne foi intégrant les valeurs protégées par les codes des droits de la personne et la *Charte canadienne des droits et libertés*, spécialement au sujet de la discrimination. C'est pourquoi il doit être exécuté et résilié avec bonne foi et équité. [81-82] [114] [124]

La preuve appuie la conclusion du juge de première instance que l'employeur s'est montré indûment soupçonneux à l'endroit de K et qu'il cherchait à justifier le congédiement de K ou à l'empêcher d'invoquer son état pour s'absenter du travail sans encourir de mesures disciplinaires. On pouvait à bon droit qualifier le comportement de l'employeur d'immixtion dans la relation entre K et son médecin traitant. Les services de B ont été retenus pour remettre en question l'opinion du médecin de K et légitimer les efforts de l'employeur en vue de faire en sorte que des mesures d'adaptation ne soient plus nécessaires. Dans la mesure où K nuisait à la réalisation de l'objectif d'efficacité de l'entreprise et au moral des autres employés, l'employeur a tiré avantage de son congédiement. La lettre datée du 28 mars était trompeuse et dénaturait l'avis des médecins de l'employeur. B avait généralement une attitude intransigeante à l'égard de l'absentéisme au travail et de l'adaptation aux déficiences. Il n'était pas déraisonnable de conclure que l'employeur avait tendu un piège à K en lui demandant de rencontrer B alors qu'il savait la démarche vouée à l'échec. Il n'y a pas non plus d'erreur manifeste et dominante dans la conclusion selon laquelle l'employeur a mis fin à la mesure d'adaptation en guise de représailles à la décision de K de prendre un avocat pour faire valoir son droit à une mesure d'adaptation appropriée. [87-91] [94-95] [99] [112]

Additional or *Wallace* type damages should be available where the manner of dismissal causes mental distress that was in the contemplation of the parties. There is an obligation of good faith and fair dealing on the part of employers in dismissing employees. There is ample evidence here that the employer acted in bad faith and this is a case where the employer's failure to properly discharge its obligation made it foreseeable that K's dismissal would cause mental distress. Most notably, the letter of March 28 mischaracterized the opinions of the employer's doctors by implying that they did not believe that K's absences were medically necessary yet neither doctor recommended that K be removed from the disability program or claimed that any absences related to chronic fatigue syndrome are unjustified. A further concern is the employer's lack of candour and its own uncertainty with respect to the purpose of K's meeting with B. Its refusal to provide written clarification of the purpose is suspicious. Finally, it is reasonable to conclude that the employer's conduct and not the mere fact of K's termination alone, led to K's worsened state after he was terminated. However, given the lack of evidence on the precise loss K suffered as a result of the employer's misconduct, the compensation the trial judge granted over and above the 15-month notice period appears reasonable and should be maintained. [114-117]

The development of tort law is informed by the prohibitions of human rights codes and the *Charter*. Discrimination was a troubling aspect of the decision to terminate K and this impacts on the good faith of the termination. While monitoring employee absences is a valid objective, there was no assessment in this case of whether the employer's method of accommodation and of monitoring K's absences addressed K's particular disability. If variable, self-reporting conditions characterize the very nature of K's disability, then it is arguable that the employer acted in a discriminatory manner in subjecting K to the kind of scrutiny that occurred, denying him accommodation for his disability. [119-123]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Considered:** *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; **explained:** *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; **applied:** *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Walker v. Ritchie*, [2006] 2 S.C.R. 428, 2006 SCC

Des dommages-intérêts supplémentaires ou fondés sur l'arrêt *Wallace* devraient pouvoir être accordés lorsque les circonstances du congédiement ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé. L'employeur a une obligation de bonne foi et de traitement équitable lors d'un congédiement. La conclusion selon laquelle l'employeur a agi de mauvaise foi s'appuie amplement sur la preuve offerte en l'espèce, et l'omission de l'employeur de s'acquitter convenablement de son obligation a rendu prévisible l'infliction d'un préjudice moral à K. Surtout, la lettre du 28 mars a dénaturé l'avis des médecins de l'employeur en laissant entendre que ces derniers ne croyaient pas les absences de K nécessaires sur le plan médical, alors qu'aucun d'eux n'a recommandé l'exclusion de K du programme de gestion de l'invalidité ni prétendu que toute absence liée au syndrome de la fatigue chronique était injustifiée. Le manque de franchise de l'employeur et son incertitude quant à l'objet de la rencontre entre K et B constituent un autre sujet de préoccupation. Le refus de l'employeur de préciser cet objet par écrit est suspect. Enfin, il était raisonnable de conclure que le comportement de l'employeur, et non le seul congédiement, avait aggravé l'état de santé de K. Toutefois, vu l'imprécision de la preuve du préjudice causé à K par le comportement répréhensible de l'employeur, l'indemnisation accordée en première instance en sus du droit à un préavis de 15 mois paraît raisonnable et devrait être confirmée. [114-117]

Les prescriptions des codes des droits de la personne et de la *Charte* orientent l'évolution de la common law. La décision de congédier K comporte un aspect discriminatoire préoccupant qui permet de douter que le lien d'emploi ait été rompu de bonne foi. Certes, le contrôle de l'absentéisme des employés demeure un objectif légitime, mais, dans la présente affaire, nul ne s'est demandé si la mesure d'adaptation et le mode de contrôle des absences de K retenus par l'employeur composaient avec l'invalidité particulière de K. S'il est de la nature même de la déficience de K que ses manifestations varient et que ce soit K qui en dresse la liste, il est possible de soutenir que l'employeur a agi de façon discriminatoire en soumettant K à un tel contrôle et en refusant de composer avec son handicap. [119-123]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt examiné :** *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; **arrêt expliqué :** *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; **arrêts appliqués :** *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Walker c. Ritchie*, [2006]

45; referred to: *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111; *Byers v. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30; *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4.

By LeBel J. (dissenting in part on the appeal)

*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Feldman J.J.A.) (2006), 82 O.R. (3d) 161, 274 D.L.R. (4th) 107, 216 O.A.C. 3, 52 C.C.E.L. (3d) 165, [2006] C.L.L.C. ¶230-030, [2006] O.J. No. 3891 (QL), 2006 CarswellOnt 5885, reversing in part a decision of McIsaac J. (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258, [2005] C.L.L.C. ¶230-013, [2005] O.J. No. 1145 (QL), 2005 CarswellOnt 1131. Appeal allowed in part, LeBel and Fish J.J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

*Earl A. Cherniak, Q.C., Jasmine T. Akbarali and Roslynn J. Kogan*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Hugh R. Scher*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

2 R.C.S. 428, 2006 CSC 45; arrêts mentionnés : *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 111; *Byers c. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30; *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie quant au pourvoi)

*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Feldman) (2006), 82 O.R. (3d) 161, 274 D.L.R. (4th) 107, 216 O.A.C. 3, 52 C.C.E.L. (3d) 165, [2006] C.L.L.C. ¶230-030, [2006] O.J. No. 3891 (QL), 2006 CarswellOnt 5885, qui a infirmé en partie une décision du juge McIsaac (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258, [2005] C.L.L.C. ¶230-013, [2005] O.J. No. 1145 (QL), 2005 CarswellOnt 1131. Pourvoi accueilli en partie, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

*Earl A. Cherniak, c.r., Jasmine T. Akbarali et Roslynn J. Kogan*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Hugh R. Scher*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

*Philippe Dufresne*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Anthony D. Griffin*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Sarah Lugtig*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

*George Avraam* and *Mark Mendl*, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

*Stuart E. Rudner* and *Stephen Rotstein*, for the intervener the Human Resources Professionals Association of Ontario.

*Chris G. Paliare* and *Andrew K. Lokan*, for the intervener the National ME/FM Action Network.

*Frances M. Kelly* and *Gwen Brodsky*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

*Susan Ursel* and *Kim Bernhardt*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

*Debra M. McAllister* and *Ivana Petricone*, for the intervener the Ontario Network of Injured Workers' Groups.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

### 1. Overview

[1] On March 29, 2000, after 14 years of employment, the respondent, Kevin Keays, was terminated from his employment at Honda Canada Inc. ("Honda"). Keays sued for wrongful dismissal. The trial judge found that Keays was entitled to a notice period of 15 months. He then considered additional damages dependent on the manner of dismissal (the so-called "*Wallace* damages") and increased

*Philippe Dufresne*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Anthony D. Griffin*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Sarah Lugtig*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*George Avraam* et *Mark Mendl*, pour l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada.

*Stuart E. Rudner* et *Stephen Rotstein*, pour l'intervenante l'Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario.

*Chris G. Paliare* et *Andrew K. Lokan*, pour l'intervenant National ME/FM Action Network.

*Frances M. Kelly* et *Gwen Brodsky*, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Susan Ursel* et *Kim Bernhardt*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Debra M. McAllister* et *Ivana Petricone*, pour l'intervenant Ontario Network of Injured Workers' Groups.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

### 1. Aperçu

[1] Le 29 mars 2000, l'intimé, Kevin Keays, a été licencié par Honda Canada Inc. (« Honda ») après 14 années de service. Il a intenté une action pour congédiement injustifié. Le juge de première instance lui a accordé un préavis de 15 mois. Après s'être penché sur l'opportunité d'accorder, sur le fondement de l'arrêt *Wallace*, des dommages-intérêts supplémentaires pour la manière dont le congédiement avait été

the notice period to 24 months. In addition, the trial judge awarded punitive damages against Honda in the amount of \$500,000, plus costs on a substantial indemnity scale with a 25 percent premium. The Court of Appeal unanimously upheld the finding of wrongful termination as well as the regular damages and the damages for manner of dismissal (*Wallace* damages). It also ordered that the costs premium be reduced. A majority (Goudge J.A. dissenting) ordered that the quantum of punitive damages be reduced from \$500,000 to \$100,000.

[2] I would allow the appeal in part. The regular damages award should be maintained. The Court of Appeal erred however in maintaining the damages for manner of dismissal (*Wallace* damages) and simply reducing the quantum of punitive damages. These awards, as well as the costs premium, must thus be set aside. I would deny the cross-appeal dealing with the reduction of the award of punitive damages.

[3] Keays started working for Honda in 1986, first on the assembly line and later in data entry. In 1997, his diagnosis of chronic fatigue syndrome (“CFS”) was confirmed by a doctor from the Sleep Disorder Clinic in Toronto, Dr. Moldofsky. He ceased work and received disability insurance benefits through an independent insurance provider, London Life Insurance Co., until 1998 when his benefits were discontinued based on the insurer’s evaluation that Keays could return to work full-time. Keays’ appeal to the insurer on this evaluation was denied. Honda had no part in the decision to terminate Keays’ benefits.

[4] Although London Life’s decision was based on medical opinion that Keays could return to work without restrictions, Keays continued to absent himself. He was placed in the Honda Disability Program, which permits disabled employees to take absences without the invocation of Honda’s attendance policy by confirming that the absence from work is related to the disability. However, Keays

effectué, il a porté le préavis à 24 mois. Il a en outre condamné Honda à des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$, et adjugé des dépens d’indemnisation substantielle et une prime de 25 p. 100. La Cour d’appel a confirmé à l’unanimité la conclusion de congédiement injustifié, ainsi que les dommages-intérêts généraux et ceux accordés pour les circonstances du congédiement (fondés sur l’arrêt *Wallace*). Elle a cependant réduit la prime. Les juges majoritaires (le juge Goudge étant dissident) ont abaissé le montant des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$ à 100 000 \$.

[2] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie sans modifier le montant des dommages-intérêts généraux. Toutefois, la Cour d’appel a eu tort de confirmer les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement (sur le fondement de l’arrêt *Wallace*) et de ne réduire que le montant des dommages-intérêts punitifs. La décision d’accorder ces indemnités ainsi que la prime doit donc être infirmée. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi incident formé contre la réduction du montant des dommages-intérêts punitifs.

[3] M. Keays a commencé à travailler chez Honda en 1986, d’abord à la chaîne de montage, puis à la saisie de données. En 1997, un médecin de la clinique des troubles du sommeil de l’hôpital de Toronto, le Dr. Moldofsky, a confirmé qu’il était atteint du syndrome de la fatigue chronique (« SFC »). M. Keays a cessé de travailler, et un assureur indépendant, London Life, compagnie d’assurance-vie, lui a versé des prestations d’assurance-invalidité jusqu’à ce qu’il détermine, en 1998, qu’il était apte à reprendre le travail à temps plein. L’appel de la décision de l’assureur de mettre fin aux prestations — dans laquelle Honda n’a joué aucun rôle — a été rejeté.

[4] Même si suivant l’avis médical sur lequel reposait la décision de London Life, il pouvait reprendre le travail sans réserve, M. Keays a continué de s’absenter, et Honda l’a inscrit à son programme de gestion de l’invalidité. Grâce à ce programme, un employé invalide pouvait s’absenter du travail sans encourir de sanctions disciplinaires s’il confirmait que l’absence était attribuable à sa déficience.



missed more work than his diagnosing physician, Dr. Morris, had predicted, and the notes he offered to explain his absences changed in tone leaving the employer to believe that the doctor did not independently evaluate whether he missed work due to disability.

[5] In late 1999, Honda's administrative coordinator, Susan Selby arranged for Keays to see Dr. Lester Affoo, an independent physician hired by Honda, because of the increasing frequency of absences. In January and February 2000, Keays again experienced increased absences (14 days in total). This prompted Betty Magill, Keays' manager, to raise the issue with Selby. They met on March 3 and decided to ask Keays to meet with Dr. Brennan, an occupational medicine specialist, in order to determine how his disability could be accommodated. After this meeting, but before Honda had a chance to meet with Keays, Keays decided to retain counsel to attempt to mediate his concern that he would ultimately be terminated. On March 17, Honda received a letter from Keays' counsel outlining his concerns and offering to work towards a resolution. Honda did not respond.

[6] On March 21, Magill and Selby met with Keays to explain their concerns about the deficiencies in the doctors' notes, described as "cryptic" by Dr. Reinders, and asked him to meet with Dr. Brennan to determine what could be done to support him at his work. They also discussed the letter they had received from Keays' lawyer a few days earlier and explained that they had not responded to the lawyer because they had a practice of dealing with associates directly, not with third party advocates. At this meeting, Keays agreed to meet with Dr. Brennan. However, the next day he told Honda that, on the advice of counsel, he would not meet with Dr. Brennan without explanation of the purpose, methodology and parameters of the consultation. Keays did not come to work for a week following this incident. Upon his return to work, on March 28, 2000, Selby gave Keays a letter ("March 28 letter") which I think it is useful to reproduce in its entirety:

M. Keays s'est cependant absenté davantage que ce qu'avait prévu son médecin, le D<sup>r</sup> Morris, et la teneur des billets de ce dernier présentés pour justifier les absences a changé, ce qui a incité l'employeur à croire que le médecin ne déterminait pas lui-même que M. Keays s'absentait du travail en raison de sa déficience.

[5] À la fin de l'année 1999, comme M. Keays s'absentait de plus en plus souvent, la coordonnatrice administrative de Honda, Susan Selby, a pris les dispositions nécessaires pour qu'un médecin indépendant dont Honda a retenu les services, le D<sup>r</sup> Lester Affoo, le rencontre. En janvier et en février 2000, les absences de M. Keays ont été encore plus nombreuses (14 jours au total). La supérieure de M. Keays, Betty Magill, en a alors discuté avec M<sup>me</sup> Selby. Lors de leur rencontre le 3 mars, elles ont décidé de demander à M. Keays de consulter un spécialiste de la médecine du travail, le D<sup>r</sup> Brennan, pour que ce dernier détermine comment il fallait composer avec sa déficience. Avant que la direction de Honda n'ait pu le rencontrer, M. Keays a retenu les services d'un avocat en vue d'une médiation, car il craignait d'être finalement congédié. Le 17 mars, Honda a reçu une lettre de l'avocat exposant les craintes de M. Keays et proposant un règlement négocié. Elle n'y a pas répondu.

[6] Le 21 mars, M<sup>mes</sup> Magill et Selby ont rencontré M. Keays pour lui faire part des lacunes des billets de son médecin qualifiés de « sibyllins » par le D<sup>r</sup> Reinders. Elles lui ont demandé de consulter le D<sup>r</sup> Brennan afin de déterminer quelles mesures pouvaient être prises pour l'aider au travail. Elles ont également dit avoir reçu quelques jours plus tôt la lettre de son avocat, mais ne pas y avoir répondu parce qu'elles avaient pour principe de s'adresser directement aux employés. M. Keays a accepté de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Or, le lendemain, il a informé Honda que, sur le conseil de son avocat, il ne le rencontrerait que si on lui expliquait au préalable l'objectif, la méthode et les paramètres de l'évaluation. M. Keays s'est ensuite absenté pendant une semaine. À son retour, le 28 mars 2000, M<sup>me</sup> Selby lui a remis une lettre dont je juge utile de reproduire le texte intégral :

As you know, Betty Magill and I met with you on March 21, 2000, to discuss your current employment situation at Honda. After you left the meeting, you returned for some clarification and we had another detailed discussion.

The following is a summary of the matters we discussed:

1. You were told that we have been reviewing your absenteeism as well as the doctor's notes that you had been providing to cover those absences. We discussed your situation with Dr. Affoo who is familiar with your case. In addition, we had Dr. Brennan (a new physician) review your complete medical file. Both doctors advised us that they could find no diagnosis indicating that you are disabled from working.
2. The doctor's notes that you have been providing to cover your absences have provided limited information. The notes were merely repeating what you were telling the doctor. There was no independent diagnosis or prognosis.
3. It was our intention to meet with you following the March break, to discuss our expectations. Before we had a chance to do so, we received a letter from your lawyer dated March 17, 2000. In that letter, your lawyer was asking that you no longer be required to bring notes to support your absences.
4. When we met on March 21, 2000, we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent. Dr. Brennan and Dr. Affoo both believe that you should be attending work on a regular basis. In order for Dr. Brennan to get to know you and understand completely your condition, we advised that we would arrange for Dr. Brennan to meet with you. The plan was that Dr. Brennan would then communicate directly with your doctor to effectively manage your condition.
5. Before the meeting ended, you were agreeable to meeting with Dr. Brennan and I was to proceed to schedule the appointment.

The next day (March 22, 2000), you submitted a letter declining to meet with Dr. Brennan. You requested clarification on the "purpose, the methodology and the parameters of the assessment." Since that date, you have called in sick with return to work date unknown. You returned to work today.

[TRADUCTION] Comme vous le savez, le 21 mars 2000, nous nous sommes réunis, Betty Magill, vous et moi, pour discuter de votre situation d'emploi actuelle chez Honda. Après la réunion, vous nous avez demandé des éclaircissements, et nous avons eu une autre discussion approfondie.

En voici le résumé :

1. Nous vous avons dit que nous nous penchions sur vos absences et sur leurs justifications par le médecin. Nous avons consulté le D<sup>r</sup> Affoo, qui connaît votre cas. En outre, nous avons demandé au D<sup>r</sup> Brennan (un nouveau médecin) d'examiner votre dossier médical en entier. L'un et l'autre médecins ont dit ne pas pouvoir établir de diagnostic vous rendant inapte au travail.
2. Votre médecin donne très peu de renseignements dans ses billets. Il reprend seulement ce que vous lui avez dit. Il n'établit pas un diagnostic ou un pronostic indépendant.
3. Nous avions l'intention de vous rencontrer après le congé de mars pour vous faire part de nos attentes. Toutefois, avant que nous ayons pu le faire, nous avons reçu une lettre de votre avocat datée du 17 mars 2000 demandant que vous n'ayez plus à présenter de billets pour justifier vos absences.
4. Lors de notre rencontre du 21 mars 2000, nous vous avons dit ne plus estimer qu'une déficience justifiait vos absences. Les D<sup>rs</sup> Brennan et Affoo croient que vous devriez vous présenter au travail régulièrement. Pour permettre au D<sup>r</sup> Brennan de mieux vous connaître et de bien comprendre votre situation, nous avons voulu vous le faire rencontrer. L'idée était que le D<sup>r</sup> Brennan puisse ensuite communiquer directement avec votre médecin pour assurer un bon suivi.
5. Avant la fin de la réunion, vous avez accepté, et je devais prendre le rendez-vous.

Le lendemain (22 mars 2000), vous avez envoyé une lettre dans laquelle vous refusiez de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Vous demandiez des précisions sur « l'objectif, la méthode et les paramètres de l'évaluation ». Depuis, vous vous êtes porté malade sans préciser la date de votre retour. Vous êtes rentré au travail aujourd'hui.

Our position remains as we explained it to you on March 21, 2000. Kevin, we do not accept the need for your recent absence nor do we intend to elaborate further on the purpose of your meeting with Dr. Brennan. This was all explained to you carefully on March 21, 2000. Our position remains the same. We expect you to meet with Dr. Brennan and, we expect you to come to work.

Kevin, we sincerely hope that you will co-operate with our efforts. As you have admitted, your condition has not improved over the past three years and you would do anything to get better and come to work on a regular basis. We are committed to supporting you in a full return to work. We sincerely hope that you will co-operate with us.

Kevin, you must understand that the current situation is unacceptable. If you do not agree to meet with Dr. Brennan, we will have no alternative but to terminate your employment.

[7] Later the same day, Selby telephoned Keays to urge him to reread the letter and re-consider. Keays remained unwilling to meet Dr. Brennan. In accordance with its warning, Honda terminated his employment.

## 2. Decisions Below

### 2.1 *Ontario Superior Court of Justice* (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258

[8] McIsaac J. concluded that Honda bore the burden to show just cause for termination and that it had failed to carry that burden. McIsaac J. found that Honda's direction to meet with Dr. Brennan was not reasonable under the circumstances, and that Keays had a reasonable excuse for resisting that direction. The termination was not proportional to his refusal. The trial judge then concluded that Keays was entitled to 15 months' notice based on the principles of *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.J.). Moreover, McIsaac J. decided that, given the "egregious bad faith displayed by Honda in the manner of this termination and the medical consequences flowing therefrom", that notice period should be extended to 24 months (para. 48). Since he had increased the notice period, McIsaac J. did not consider it

Notre position, que nous vous avons expliquée le 21 mars 2000, demeure inchangée. Kevin, nous ne croyons pas que votre absence récente soit justifiée et nous ne comptons pas vous donner d'explications supplémentaires sur l'objectif de la consultation du D<sup>r</sup> Brennan. Nous en avons longuement discuté le 21 mars 2000. Notre position demeure la même. Nous souhaitons que vous rencontriez le D<sup>r</sup> Brennan et que vous vous présentiez au travail.

Kevin, nous souhaitons sincèrement obtenir votre collaboration. Comme vous l'avez reconnu, votre état ne s'est pas amélioré au cours des trois dernières années et vous feriez n'importe quoi pour aller mieux et travailler normalement. Nous sommes résolu à vous appuyer dans le cadre d'une reprise du travail à temps plein. Nous espérons sincèrement obtenir votre collaboration.

Kevin, vous devez comprendre que la situation actuelle est inacceptable. Si vous refusez de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan, nous n'aurons d'autre choix que de mettre fin à votre emploi.

[7] Plus tard le même jour, M<sup>me</sup> Selby a téléphoné à M. Keays pour l'exhorter à relire la lettre et à revenir sur sa décision. M. Keays a persisté dans son refus de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Comme il en avait été prévenu, il a alors été congédié.

## 2. Décisions des juridictions inférieures

### 2.1 *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258

[8] Le juge McIsaac a conclu que Honda avait l'obligation de justifier sa décision de congédier M. Keays et qu'elle ne s'en était pas acquittée. Il a ajouté qu'il n'avait pas été raisonnable, dans les circonstances, d'exiger que M. Keays rencontre le D<sup>r</sup> Brennan, et que M. Keays avait eu un motif valable de refuser. Le congédiement était disproportionné au refus. Le juge a conclu que M. Keays avait droit à un préavis de 15 mois suivant les principes énoncés dans la décision *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C.J. Ont.). Qui plus est, il a porté le préavis à 24 mois en raison [TRADUCTION] « de la mauvaise foi flagrante manifestée par Honda lors du congédiement et des répercussions de cette mesure sur la santé de [M. Keays] » (par. 48). Vu l'allongement du préavis, il n'a pas jugé opportun d'accorder en sus des

appropriate to offer Keays an additional award on the basis of intentional infliction of nervous shock/emotional distress.

[9] McIsaac J. determined that the court was without jurisdiction to consider a tort based on whether Honda breached his rights under the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. He accepted, however, that such complaints could constitute “independent actionable wrongs” such as to trigger an award of punitive damages, assuming they also merit punishment (para. 50).

[10] McIsaac J. denied Keays’ claim for compensation based on “lost” disability benefits that would have been available from the insurer based on his total disability caused by the wrongful termination. Such relief was unavailable, the trial judge explained, because Keays did not plead aggravated damages. I take it that the trial judge meant by this that Keays had not argued that there was an independent cause of action to support his further claim for true aggravated damages as defined in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

[11] McIsaac J. noted that punitive damages are exceptional but he had “no difficulty in finding that the plaintiff has proved that Honda committed a litany of acts of discrimination and harassment in relation to his attempts to resolve his accommodation difficulties” (para. 57). McIsaac J. attributed to Honda a “conspiracy to insinuate Dr. Brennan into the plaintiff’s long-established medical relationship with his own doctors and, hopefully, to exclude them from any participation in advocating for his patient’s rights” (para. 60). In light of all the circumstances, the trial judge awarded \$500,000 in punitive damages.

[12] McIsaac J. awarded costs to Keays on a substantial indemnity basis adding a 25 percent premium which together totalled \$610,000.

dommages-intérêts pour choc nerveux et trouble émotionnel infligés délibérément.

[9] Le juge McIsaac a estimé ne pas avoir compétence pour se prononcer sur un délit qui aurait consisté dans la violation par Honda des droits garantis à M. Keays par le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19. Il a toutefois reconnu qu’une telle violation pouvait constituer une [TRADUCTION] « faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action », de sorte que des dommages-intérêts punitifs puissent être accordés, dans la mesure où l’acte reproché justifie lui-aussi une sanction (par. 50).

[10] Le juge McIsaac a refusé d’indemniser M. Keays pour la « perte » des prestations d’invalidité que l’assureur lui aurait versées du fait de l’incapacité totale causée par son congédiement injustifié. Il a expliqué que M. Keays ne pouvait obtenir réparation à cet égard parce qu’il n’avait pas étayé sa demande de dommages-intérêts majorés. Je suppose qu’il a voulu dire que M. Keays n’avait pas plaidé l’existence d’une cause d’action indépendante à l’appui de sa demande supplémentaire de dommages-intérêts majorés proprement dits au sens de l’arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

[11] Le juge McIsaac a souligné le caractère exceptionnel des dommages-intérêts punitifs, mais il [TRADUCTION] « n’a pas hésité à conclure que le demandeur a bel et bien établi que Honda s’est livré à une multitude d’actes de discrimination et de harcèlement en réponse à ses tentatives de résoudre ses difficultés d’adaptation » (par. 57). À son avis, Honda avait ourdi un [TRADUCTION] « complot pour que le D<sup>r</sup> Brennan s’immisce dans la relation de longue date du demandeur avec ses médecins et arrive à écarter toute participation de ceux-ci à la défense des droits de leur patient » (par. 60). Vu l’ensemble des circonstances, il a accordé 500 000 \$ à titres de dommages-intérêts punitifs.

[12] Il a adjugé des dépens d’indemnisation substantielle ainsi qu’une prime de 25 p. 100, soit au total 610 000 \$.

2.2 *Ontario Court of Appeal (Rosenberg and Feldman J.J.A., and Goudge J.A. (dissenting in part))* (2006), 82 O.R. (3d) 161

[13] The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal. Goudge J.A., writing for the court, except with respect to the quantum of punitive damages, noted that heavily fact-laden conclusions by the trial judge were entitled to substantial deference. In particular, Goudge J.A. perceived no reason to interfere with the trial judge's conclusions that the order to see Dr. Brennan was unreasonable, that Keays had a reasonable excuse for not complying with the order, and that the dismissal of Keays was a disproportionate response to his alleged insubordination and therefore was done without just cause. Goudge J.A. also upheld the trial judge's conclusions regarding the appropriate notice period required.

[14] Goudge J.A. wrote for the court regarding the availability of punitive damages. He cited *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, for the proposition that acts of discrimination in breach of human rights legislation may serve as a separate actionable wrong so as to give rise to a punitive damages award in a wrongful dismissal case. Goudge J.A. rejected Honda's argument that the Ontario *Human Rights Code* offers a complete remedial scheme that permits punitive damages only in the event of prosecution with the written consent of the Attorney General and only to a maximum fine of \$25,000. Goudge J.A. thus upheld the trial judge's finding of an independent actionable wrong. Given Honda's conduct, an award of punitive damages was a rational response on the part of the trial judge.

[15] With respect to the quantum of punitive damages, Goudge J.A. wrote for himself alone. He noted that an appellate court should review the quantum awarded by asking whether the amount was rationally required in all the circumstances to punish the defendant's misconduct. Goudge J.A. concluded that \$500,000 in punitive damages did not exceed what was rationally required to punish Honda.

2.2 *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg et Feldman, et le juge Goudge, dissident en partie)* (2006), 82 O.R. (3d) 161

[13] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel. Le juge Goudge, s'exprimant au nom de la cour, sauf au sujet du montant des dommages-intérêts punitifs, a signalé que certaines conclusions du juge de première instance, fondées principalement sur les faits, justifiaient une grande déférence. Plus particulièrement, il n'a vu aucune raison de modifier les conclusions selon lesquelles la directive de consulter le D<sup>r</sup> Brennan était déraisonnable, M. Keays avait un motif valable de ne pas obtempérer et le congédiement était disproportionné à l'insubordination alléguée et, partant, injustifié. Il a également confirmé les conclusions du juge de première instance sur le préavis requis.

[14] Le juge Goudge a rédigé les motifs de la Cour d'appel sur la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs. S'appuyant sur l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, il a estimé qu'un acte discriminatoire contraire aux dispositions sur les droits de la personne pouvait constituer une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action, de sorte que des dommages-intérêts punitifs pouvaient être accordés dans une affaire de congédiement injustifié. Il a rejeté la prétention de Honda selon laquelle le *Code des droits de la personne* de l'Ontario établissait un régime de réparation complet qui ne permettait l'octroi de tels dommages-intérêts que dans le cas d'une poursuite intentée avec l'autorisation écrite du procureur général et jusqu'à concurrence de 25 000 \$. Il a donc confirmé qu'il y avait eu faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action. Le comportement de Honda justifiait l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

[15] Sur la question du montant de cette indemnité, le juge Goudge s'est exprimé en son seul nom. À son avis, une cour d'appel devait réviser le montant accordé en se demandant si, compte tenu de toutes les circonstances, il s'imposait rationnellement pour sanctionner le comportement répréhensible du défendeur. Il a conclu qu'une somme de 500 000 \$ n'était pas excessive à cet égard.

[16] Once again writing for the court, Goudge J.A. discussed Honda's argument that the trial judge created a reasonable apprehension of bias, requiring a new trial. He acknowledged that the trial judge used "several colourful metaphors" but rejected allegations that this reflected a want of fairness or impartiality (para. 75).

[17] With regard to costs, Goudge J.A. noted that he would reduce the premium to \$77,500 from \$155,000. He dismissed the cross-appeal.

[18] Rosenberg J.A. wrote for the majority on the question of the quantum of punitive damages, which he reduced to \$100,000. He did so because he believed that the trial judge had relied on findings of fact not supported by the evidence and because the award failed to accord with the fundamental principle of proportionality. In particular, Rosenberg J.A. found no evidence of a protracted corporate conspiracy. The trial judge also referred to "five years" of outrageous conduct whereas the case involved a mere seven-month period. According to Rosenberg J.A., a punitive damage award on the scale imposed by the trial judge in this case could be justified only by extraordinary circumstances. He used *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, as a comparison and noted (at para. 110) that a comment from that case regarding the fact that "it takes a large whack to wake up a wealthy and powerful defendant to its responsibilities" had been taken by the trial judge out of context. Bearing in mind the trial judge's findings that were supported by the evidence, and especially evidence pointing to conduct by Honda suggesting planned and deliberate attempts to intimidate and then dismiss a vulnerable employee, Rosenberg J.A. concluded that an award in excess of those awarded in other wrongful dismissal cases was appropriate. He saw an award of no more than \$100,000 as justified. He reduced the punitive damages award accordingly. In all other respects, Rosenberg J.A. concurred with Goudge J.A.

[16] Le juge Goudge a examiné la prétention de Honda selon laquelle le juge de première instance avait fait naître une crainte raisonnable de partialité justifiant la tenue d'un nouveau procès. S'exprimant à nouveau au nom de la Cour d'appel, il a reconnu l'emploi de [TRADUCTION] « plusieurs métaphores colorées », mais il a refusé d'y voir un manque d'équité ou d'impartialité (par. 75).

[17] Pour ce qui est des dépens, le juge Goudge a fait passer la prime de 155 000 \$ à 77 500 \$. Il a rejeté l'appel incident.

[18] Le juge Rosenberg a rédigé les motifs majoritaires sur la question du montant des dommages-intérêts punitifs, qu'il a abaissés à 100 000 \$, parce que, selon lui, la preuve n'étayait pas les conclusions de fait du juge de première instance et la somme accordée ne respectait pas le principe fondamental de la proportionnalité. Plus particulièrement, il n'a vu aucune preuve d'un complot de longue date de la part de l'entreprise. Le juge de première instance avait fait mention de « cinq ans » de comportement scandaleux, alors que les faits considérés s'étaient déroulés sur seulement sept mois. Selon le juge Rosenberg, seules des circonstances exceptionnelles pouvaient justifier le montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs. En guise de comparaison, il a invoqué (au par. 110) l'arrêt *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, faisant observer que le juge de première instance avait cité le passage suivant hors contexte : « Pour rappeler à un défendeur riche et puissant ses responsabilités, il faut [ . . . ] frapper encore plus fort. » Vu les conclusions du juge de première instance étayées par la preuve et, plus particulièrement, les éléments établissant que Honda avait sciemment tenté d'intimider un employé vulnérable, puis de le renvoyer, le juge Rosenberg a conclu qu'il convenait d'accorder une indemnité supérieure à celle octroyée dans d'autres affaires de congédiement injustifié. À son avis, une somme d'au plus 100 000 \$ était justifiée. Il a donc abaissé en conséquence le montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs. Sur tous les autres points, le juge Rosenberg s'est dit d'accord avec le juge Goudge.

### 3. Analysis

[19] This appeal raises a number of important issues related to the proper allocation of damages in wrongful dismissal cases. Before assessing the validity of the separate heads of damages awarded by the trial judge and the Court of Appeal, it is essential to point out, as will be later demonstrated, that the trial judge made a number of palpable and overriding errors, some of which are mentioned by Rosenberg J.A. Two errors in particular have, in my view, coloured the trial judge's judgment, making other findings and inferences suspect. The trial judge first found that Honda's "misconduct" was "planned and deliberate and formed a protracted corporate conspiracy" (para. 60). As concluded by the Court of Appeal, and as will be further discussed below, there is simply no evidence to support the trial judge's allegation of a conspiracy. Secondly, the trial judge insisted that the "outrageous conduct" had continued for five years when in fact the problem period was no more than seven months. He therefore was considering the wrong period when dealing with Honda's conduct; this error was seemingly attributable to the fact that he considered the cancellation of Keays' long-term benefits by London Life to be a relevant factor in assessing the conduct of Honda, while all evidence points to the fact that the decision was entirely independent of Honda.

[20] The remaining analysis will reveal more palpable and overriding errors of fact. However, the above examples alone would suffice to question carefully the factual basis for the trial judge's conclusions. I am therefore compelled to review the record in some detail in my analysis.

[21] Beyond creating the need to address the many overriding and palpable errors of the trial judge, this appeal presents the Court with the opportunity to clarify and redefine some aspects of the law of damages in the context of employment.

### 3. Analyse

[19] Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions importantes en ce qui concerne les dommages-intérêts qu'il convient d'accorder en cas de congédiement injustifié. Avant d'examiner le bien-fondé des différents chefs de dommages-intérêts accordés en première instance et en appel, il est à mon avis essentiel de signaler que le juge de première instance — je le démontre plus loin — a commis un certain nombre d'erreurs manifestes et dominantes, dont certaines ont été mentionnées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel. Deux erreurs entachent tout particulièrement le jugement de première instance et rendent suspectes d'autres conclusions et inférences. D'abord, le juge a estimé que le [TRADUCTION] « comportement répréhensible » de Honda était « planifié et délibéré et constituait un complot de longue date de la part de l'entreprise » (par. 60). La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait tout simplement pas d'élément étayant la thèse du complot. J'y reviendrai. Deuxièmement, le juge de première instance a affirmé que le [TRADUCTION] « comportement scandaleux » s'était poursuivi pendant cinq ans, alors que dans les faits, la période en question avait duré tout au plus sept mois. Il a donc statué sur le comportement de Honda en fonction d'une période qui n'était pas la bonne. Il a apparemment commis cette erreur parce qu'il a considéré la cessation des prestations d'invalidité de longue durée versées par London Life comme un facteur pertinent pour juger le comportement de Honda, alors que l'ensemble de la preuve tend à établir que la décision de l'assureur était totalement indépendante.

[20] D'autres erreurs de fait manifestes et dominantes ressortent de l'analyse. Toutefois, les exemples qui précèdent justifient à eux seuls la remise en cause du fondement factuel des conclusions tirées en première instance. Il me faut donc faire un examen relativement détaillé du dossier.

[21] Notre Cour doit certes corriger les nombreuses erreurs manifestes et dominantes du juge de première instance, mais le présent pourvoi lui offre par ailleurs l'occasion de clarifier et de redéfinir certains volets des règles de l'indemnisation dans le contexte d'un lien d'emploi.

[22] First, I would like to clarify what factors should be considered when allocating compensatory damages in lieu of notice for wrongful dismissal.

[23] Second, a review of the basis for and calculation of damages for conduct in dismissal must be undertaken.

[24] Third, in considering the allocation of punitive damages in this case, I conclude that it is not necessary to reconsider whether breaches of the Ontario *Human Rights Code* are independent actionable wrongs for the purposes of punitive damages. I will however discuss the need to avoid overlap of damages for conduct in dismissal and punitive damage awards.

### 3.1 *General Damages: The 15-Month Notice Period*

[25] After finding that Keays had been wrongfully dismissed, the trial judge determined that he was entitled to an award of damages reflecting the need for 15 months' notice. In doing so, he followed *Bardal and Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270 (Ont. C.A.), at p. 293, wherein it was held that an appropriate notice period is to be determined in consideration of factors including, but not limited to, the character of the employment, length of service, the age of the employee and the availability of other employment. In arriving at 15 months, McIsaac J. pointed to: Honda's "flat" (i.e., egalitarian) management structure as limiting the effect of Keays' lower position in Honda's hierarchy; the fact that Keays had specialized training to compensate for his lack of formal education; his long service; and the lack of comparable employment in Alliston. The Court of Appeal agreed with this assessment.

[26] On appeal before this Court, Honda did not contest the finding of wrongful dismissal. However, Honda argued that the 15-month notice period allocated by the trial judge was excessive

[22] Premièrement, je préciserai quels facteurs doivent être pris en compte pour l'octroi de dommages-intérêts tenant lieu de préavis en cas de congédiement injustifié.

[23] Deuxièmement, il convient de revoir le fondement des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et le calcul de leur montant.

[24] Troisièmement, en ce qui concerne l'opportunité de dommages-intérêts punitifs en l'espèce, je ne juge pas nécessaire de réexaminer la question de savoir si la violation du *Code des droits de la personne* de l'Ontario constitue une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action. Je me pencherai néanmoins sur la nécessité de faire en sorte que les dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et les dommages-intérêts punitifs ne fassent pas double emploi.

### 3.1 *Dommages-intérêts généraux — Le préavis de 15 mois*

[25] Après avoir conclu au caractère injustifié du congédiement, le juge de première instance a statué que M. Keays avait droit à un préavis de 15 mois et aux dommages-intérêts correspondants. Il s'est appuyé sur la décision *Bardal* et l'arrêt *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270 (C.A. Ont.), p. 293, ayant établi que le préavis raisonnable doit être déterminé en fonction de divers facteurs, dont la nature de l'emploi, l'ancienneté et l'âge de l'employé, ainsi que la possibilité de trouver un nouvel emploi. Pour fixer le préavis à 15 mois, le juge McIsaac a tenu compte du fait que la structure de gestion « peu hiérarchisée » (ou égalitaire) de l'employeur limitait l'incidence du niveau peu élevé du poste de M. Keays et que la formation spécialisée de ce dernier compensait son absence de scolarisation, ainsi que des longs états de service de l'employé et de l'inexistence d'emplois comparables à Alliston. La Cour d'appel a fait sienne cette évaluation.

[26] Devant notre Cour, Honda ne conteste pas le caractère injustifié du congédiement. Elle fait toutefois valoir que le préavis de 15 mois est excessif, car le juge de première instance n'a pas bien analysé les



because he failed to conduct a proper analysis of Keays' job functions. Specifically, Honda claimed that an analysis of Keays' job functions shows that his responsibilities were minimal and that he spent a large percentage of his time on data entry. According to Honda, in view of Keays' 14 years of service, his little formal education and the character of his employment, 8 to 10 months would have been appropriate. The fact that Keays' had no management function was crucial.

[27] It is true that Honda's "flat management structure" did not truly illuminate the character of Keays' employment and that this label should not matter: what matters is experience, qualifications and other factors mentioned in *Bardal*.

[28] In determining what constitutes reasonable notice of termination, the courts have generally applied the principles articulated by McRuer C.J.H.C. in *Bardal*, at p. 145:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. The reasonableness of the notice must be decided with reference to each particular case, having regard to the character of the employment, the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant.

[29] These four factors were adopted by this Court in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986. They can only be determined on a case-by-case basis.

[30] It is true that there has been some suggestion that a person's position in the hierarchy should be irrelevant to assessing damages for wrongful dismissal (see *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111 (C.A.), and *Byers v. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 (C.A.)). The traditional assumptions about the relevance of a person's position in the hierarchy was not directly challenged in this case. It will therefore suffice to say here that

fonctions de M. Keays. Plus particulièrement, elle soutient que l'analyse aurait dû révéler que l'intéressé n'avait que très peu de responsabilités et qu'il consacrait une grande partie de son temps à saisir des données. Selon elle, étant donné les 14 années de service, le faible niveau de scolarisation et la nature de l'emploi, un préavis de 8 à 10 mois aurait été indiqué. Le fait que M. Keays n'exerçait aucune fonction de gestion était déterminant.

[27] Il est vrai que la « structure de gestion peu hiérarchisée » de Honda ne faisait pas vraiment ressortir la nature de l'emploi de M. Keays. Or, cette qualification importe peu, contrairement à l'expérience, aux compétences et aux autres éléments mentionnés dans la décision *Bardal*.

[28] Pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux ont généralement appliqué les principes énoncés par le juge en chef McRuer dans la décision *Bardal* (p. 145) :

[TRANSCRIPTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. Le caractère raisonnable du préavis est à déterminer au cas par cas, eu égard à la nature de l'emploi, à l'ancienneté de l'employé, à l'âge de celui-ci et à la possibilité d'obtenir un poste similaire, compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé.

[29] La Cour a retenu ces quatre facteurs dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986. Leur appréciation ne peut se faire qu'au cas par cas.

[30] D'aucuns ont certes laissé entendre que le niveau hiérarchique d'une personne ne devait pas influencer l'appréciation du préjudice infligé par un congédiement injustifié (voir *Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 111 (C.A.), et *Byers c. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 (C.A.)). L'importance accordée jusqu'à ce jour au niveau hiérarchique de l'employé congédié n'est pas directement contestée en l'espèce. Il suffit donc de dire que la

Honda's management structure has no part to play in determining reasonable notice in this case. The "flat management structure" said nothing of Keays' employment. It does not describe the responsibilities and skills of that worker, nor the character of the lost employment. The particular circumstances of the individual should be the concern of the courts in determining the appropriate period of reasonable notice. Traditional presumptions about the role that managerial level plays in reasonable notice can always be rebutted by evidence.

[31] This position is consistent with the original formulation of the *Bardal* test where McRuer C.J.H.C. stated:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. [Emphasis added; p. 145.]

[32] No one *Bardal* factor should be given disproportionate weight. In the present case, the trial judge erred in applying one of the factors, alluding to the flat management structure, rather than examining the actual functions of Keays. Despite this error, the 15-month notice period is entitled to deference since, on the entirety of the circumstances here, there is no basis to interfere with the conclusions of the trial judge. Keays was one of the first employees hired at Honda's plant. He spent his entire adult working life with Honda. He did not have any formal education and suffered from an illness which greatly incapacitated him. All these factors will substantially reduce his chances of re-employment and justify an assessment of 15 months' notice.

### 3.2 Damages for Conduct in Dismissal

[33] In applying *Wallace*, the trial judge concluded that Honda's manner of dismissing Keays was an egregious display of bad faith that warranted an extension of the notice period to 24 months. He made the following findings of fact in support of his award:

structure de gestion de Honda ne joue aucun rôle dans la détermination d'un préavis raisonnable en l'espèce. La « structure de gestion peu hiérarchisée » ne permet pas de définir la fonction de M. Keays, non plus que ses responsabilités et ses aptitudes, ni la nature de l'emploi qu'il a perdu. Le tribunal doit s'attacher à la situation particulière de l'intéressé pour arrêter la durée du préavis raisonnable. Toute présomption appliquée jusqu'à ce jour concernant le rôle du niveau hiérarchique à cet égard peut toujours être réfutée par la preuve.

[31] Ce point de vue concorde avec la formulation initiale du critère dans la décision *Bardal*, où le juge en chef McRuer a dit :

[TRADUCTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. [Je souligne; p. 145.]

[32] Il faut se garder d'accorder une importance disproportionnée à l'un ou l'autre des facteurs énoncés dans cette décision. En l'espèce, le juge de première instance a eu tort d'appliquer l'un des facteurs — la structure de gestion peu hiérarchisée — au lieu de se pencher sur les fonctions réelles de M. Keays. Malgré cette erreur, la décision de fixer le préavis à 15 mois commande la déférence, car au vu de l'ensemble des circonstances, rien ne justifie la Cour de modifier les conclusions tirées en première instance. M. Keays figurait au nombre des premiers employés embauchés à l'usine de Honda. Il y a passé la totalité de sa vie active. Il n'avait pas fait d'études et souffrait d'une maladie particulièrement incapacitante. Tous ces éléments réduisent grandement ses chances de trouver un nouvel emploi et justifient donc le préavis de 15 mois.

### 3.2 Dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement

[33] Le juge de première instance a appliqué l'arrêt *Wallace* et conclu que Honda avait congédié M. Keays en faisant preuve d'une mauvaise foi manifeste, de sorte qu'il était justifié de porter le préavis à 24 mois. Il s'est fondé sur les conclusions de fait suivantes :

- In the letter dated March 28, Honda deliberately misrepresented the views of its doctors.
- Keays was being “set up” when asked to see Dr. Brennan.
- Keays’ condition worsened after the dismissal: he became depressed, developed an adjustment disorder for 3-4 months, and has been unable to work since then.
- Honda’s decision to cancel the “accommodation” was a form of reprisal for Keays’ retaining legal counsel.
- Dans la lettre du 28 mars, Honda a délibérément dénaturé les avis de ses médecins.
- On a leurré M. Keays en lui demandant de consulter le D<sup>r</sup> Brennan.
- L’état de santé de M. Keays s’est détérioré après son congédiement; il est devenu dépressif, il a souffert d’un trouble d’adaptation pendant trois à quatre mois et il a été incapable de travailler par la suite.
- Honda a mis fin aux mesures d’« adaptation » en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d’un avocat.

[34] The Court of Appeal concluded that given the factual nature of determining whether Honda acted in bad faith, Honda had to demonstrate that the trial judge committed a palpable and overriding error. It concluded that Honda had failed to demonstrate this and that the trial judge’s decision was sufficiently supported in the evidence. I cannot agree with this conclusion. A proper reading of the record shows that Honda’s conduct in dismissing Keays was in no way an egregious display of bad faith justifying an award of damages for conduct in dismissal.

[35] As earlier mentioned, it is my view that the trial judge made a number of significant overriding and palpable factual errors that relate directly to the factual matrix that justified, according to him, an award of damages for manner of dismissal (*Wallace* damages). For that reason alone, the decision cannot stand. I will elaborate on this. I note, however, that this case sheds light on the legal problems associated with the allocation of these damages. It is therefore appropriate for this Court to reconsider the *Wallace* approach and make some adjustments.

### 3.2.1 The Factual Analysis

[36] None of the four foundations accepted by the trial judge for his “*Wallace* award” of damages is valid. I will examine them individually.

[34] La Cour d’appel a statué qu’en raison de la nature factuelle de la conclusion selon laquelle il y avait eu mauvaise foi de sa part, Honda devait démontrer que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante. À son avis, Honda ne l’avait pas fait, et la décision de première instance était suffisamment étayée par la preuve. Je ne suis pas d’accord. Suivant une juste interprétation du dossier, s’agissant de la manière dont elle a congédié M. Keays, Honda n’a nullement fait preuve d’une mauvaise foi manifeste justifiant une indemnisation pour les circonstances du congédiement.

[35] Je le répète, le juge de première instance a commis un certain nombre d’erreurs de fait manifestes et dominantes à partir d’un fondement factuel qui justifiait, à son avis, une indemnisation selon l’arrêt *Wallace*, à savoir des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement. Pour ce seul motif, sa décision doit être infirmée. J’y reviendrai. Je signale toutefois que la présente affaire met en évidence les problèmes que soulève en droit l’octroi de tels dommages-intérêts. Il convient donc que la Cour réexamine la démarche préconisée dans l’arrêt *Wallace* et qu’elle apporte les correctifs qui s’imposent.

### 3.2.1 L’analyse des faits

[36] Aucun des quatre motifs invoqués par le juge de première instance pour l’octroi de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* n’est valable. Je les examine à tour de rôle.

3.2.1.1 *The March 28 Letter*

[37] In its submissions to this Court, Honda points out that the trial judge had no basis for concluding that the March 28 letter (set out in para. 6 above) was callous and insensitive. In reviewing the facts and reading the letter, it is clear that Honda was relying on expert advice and simply conveying the information obtained from experts to Keays. The following two paragraphs were the most “contentious” of the letter:

1. You were told that we have been reviewing your absenteeism as well as the doctor’s notes that you had been providing to cover those absences. We discussed your situation with Dr. Affoo who is familiar with your case. In addition, we had Dr. Brennan (a new physician) review your complete medical file. Both doctors advised us that they could find no diagnosis indicating that you are disabled from working.

4. When we met on March 21, 2000, we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent. Dr. Brennan and Dr. Affoo both believe that you should be attending work on a regular basis. In order for Dr. Brennan to get to know you and understand completely your condition, we advised that we would arrange for Dr. Brennan to meet with you. The plan was that Dr. Brennan would then communicate directly with your doctor to effectively manage your condition. [Emphasis added.]

[38] The trial judge accepted Keays’ submission that Honda deliberately misrepresented the positions of both physicians for the purpose of intimidation, excluding his own doctors, and forcing him to meet with Dr. Brennan. The evidence contradicts this finding.

[39] First, Dr. Affoo concluded that Keays was able to work and should try to work as much as possible. He communicated this information to Selby. Dr. Affoo’s testimony is clear on this point:

Q. . . . did you have any conversation with anyone at Honda about Mr. Keays?

3.2.1.1 *La lettre du 28 mars*

[37] Honda fait valoir devant notre Cour que rien ne permettait au juge de première instance de conclure au caractère brutal et implacable de sa lettre du 28 mars (dont le texte est reproduit au par. 6 des présents motifs). Il ressort des faits et de la lettre que Honda s’appuyait sur un avis d’expert et ne faisait que transmettre à M. Keays les renseignements obtenus de spécialistes. Les deux extraits suivants de la lettre sont les plus « litigieux » :

[TRADUCTION]

1. Nous vous avons dit que nous nous penchions sur vos absences et sur leurs justifications par le médecin. Nous avons consulté le D<sup>r</sup> Affoo, qui connaît votre cas. En outre, nous avons demandé au D<sup>r</sup> Brennan (un nouveau médecin) d’examiner votre dossier médical en entier. L’un et l’autre médecins ont dit ne pas pouvoir établir de diagnostic vous rendant inapte au travail.

4. Lors de notre rencontre du 21 mars 2000, nous vous avons dit ne plus estimer qu’une déficience justifiait vos absences. Les D<sup>rs</sup> Brennan et Affoo croient que vous devriez vous présenter au travail régulièrement. Pour permettre au D<sup>r</sup> Brennan de mieux vous connaître et de bien comprendre votre situation, nous avons voulu vous le faire rencontrer. L’idée était que le D<sup>r</sup> Brennan puisse ensuite communiquer directement avec votre médecin pour assurer un bon suivi. [Je souligne.]

[38] Le juge de première instance a fait droit à la prétention de M. Keays selon laquelle Honda avait délibérément dénaturé les avis des deux médecins dans le but de l’intimider, d’écartier ses médecins à lui et de l’obliger à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. La preuve contredit cette conclusion.

[39] Premièrement, le D<sup>r</sup> Affoo a opiné que M. Keays était apte au travail et qu’il devait essayer de travailler le plus possible. Il en a informé M<sup>me</sup> Selby. Le témoignage du D<sup>r</sup> Affoo est clair sur ce point :

[TRADUCTION]

Q : . . . avez-vous discuté du cas de M. Keays avec quelqu’un chez Honda?

A. Subsequently I reported back to Associate Services, Susan Selby, as to our meeting. I explained to her that Mr. Keays had been diagnosed with a diagnosis of chronic fatigue syndrome, as he assured me he had. We talked about him missing a lot of time off work, and I explained to her that from Mr. Keays' point of view he didn't feel that -- he felt that, that he was doing his best and that we could expect him to be off work as he has been in the past.

Q. Any other conversation that you recall?

A. Probably within those terms.

Q. Do you recall if you made any suggestion as to whether or not Mr. Keays' condition, as you understood it, warranted absenteeism?

A. Well, I felt that he was coping quite well at Honda. You know, I discussed -- I told her the fact that, that he was at a desk and so on and so forth, and he seemed to be coping quite well at his work place. I felt that, that in my experience with chronic fatigue one, you know, one wants him to come to work, and, and we should try and get him to work as, as, as much as we can. And certainly, I didn't think he needed to be off work the kind of pattern he had in the past. I felt that, you know, that he could be off -- I felt that he probably would be off work maybe three or four times a month, possibly, from his condition, but with a regimented life-style, and you know, with the things that he's being, that he's being treated with by his own physician, that he should be able to do well. [Emphasis added.]

[40] Second, Dr. Brennan communicated to Honda that he was *unable* to diagnose Keays with CFS without meeting with him first. During his examination, Dr. Brennan stated the following:

I did not accept the diagnosis of chronic fatigue syndrome, largely because I didn't feel that I had all the information. [Emphasis added.]

There is nothing misleading or false with Honda's assertion that both doctors advised that they could find no diagnosis that would bar Keays from working. Dr. Affoo clearly stated that he thought it would be good for Keays to work, and Dr. Brennan clearly could find no diagnosis of CFS without first meeting Keays. Honda was simply relaying the information it received from its experts to Keays. Given this evidence, I do not see how the trial judge could

R : Par la suite, j'ai fait rapport de notre rencontre à Susan Selby, du service des employés. Je lui ai expliqué que M. Keays disait souffrir du syndrome de la fatigue chronique, un diagnostic qui avait été établi par ses médecins. Nous avons parlé des nombreuses absences de M. Keays, et je lui ai expliqué le point de vue de ce dernier, c'est-à-dire qu'il avait l'impression de faire le maximum et que nous devions nous attendre à ce qu'il s'absente aussi souvent que dans le passé.

Q : Vous souvenez-vous avoir eu d'autres échanges?

R : Vraisemblablement de la même nature.

Q : Vous souvenez-vous avoir indiqué qu'à votre avis, l'état de M. Keays justifiait ou non son absentéisme?

R : Eh bien, j'estimais qu'il se débrouillait quand même assez bien chez Honda. Vous savez, j'ai discuté -- je lui ai dit [à M<sup>me</sup> Selby] qu'il travaillait à un bureau et ainsi de suite et qu'il paraissait s'en tirer assez bien au travail. À mon avis, d'après ce que je savais du syndrome de la fatigue chronique, vous comprenez, on souhaite que l'employé se présente au travail et on l'y incite le plus possible. C'est certain que je ne pensais pas qu'il avait besoin de s'absenter aussi souvent qu'il l'avait fait auparavant. Je croyais, vous comprenez, qu'il pouvait s'absenter -- je croyais qu'il s'absenterait probablement trois ou quatre fois par mois, peut-être, à cause de sa maladie, mais qu'il pourrait, grâce à un régime de vie strict, vous comprenez, grâce aux soins que lui prodiguait son propre médecin, il devrait pouvoir bien s'en tirer. [Je souligne.]

[40] Deuxièmement, le D<sup>r</sup> Brennan a fait savoir à Honda qu'il *ne pouvait* diagnostiquer le SFC sans d'abord rencontrer M. Keays. Voici ce qu'il a dit lors de son interrogatoire :

[TRADUCTION] Je ne pouvais confirmer le diagnostic du SFC, principalement parce que je ne croyais pas disposer de toutes les données nécessaires. [Je souligne.]

Les propos de Honda selon lesquels les deux médecins ne pouvaient diagnostiquer une affection empêchant M. Keays de travailler n'avaient rien de trompeurs ou d'inexactes. Le D<sup>r</sup> Affoo a clairement estimé qu'il aurait été bénéfique que M. Keays travaille, et le D<sup>r</sup> Brennan ne pouvait manifestement pas diagnostiquer le SFC sans rencontrer d'abord M. Keays. Honda ne faisait que communiquer à M. Keays les renseignements obtenus de

have concluded that Honda was trying to intimidate Keays by twisting the positions of the physicians. The physicians' positions were clear, and Honda had no reason not to accept the expert advice it was receiving. The trial judge made an overriding and palpable error in faulting Honda for relying on the advice of its medical experts.

[41] The trial judge stated, at para. 43 of his decision:

Although parts of the letter may have been accurate in isolation, when considered in its entirety, it presented a "twisted" view of his condition.

[42] The trial judge gave no reason to explain why, in its "entirety", the letter presents such a view. For a written document to have a certain flavour or sense "in its entirety", there must be indicators that create such a flavour within that document. In this case, the letter contains no such clues. "[I]n its entirety", the March 28 letter simply conveyed to Keays that Honda wanted him to meet with Dr. Brennan because their experts had advised them that his condition did not preclude him from working. The whole context is one in which Honda recognizes that Keays has a disability and that it has to be dealt with; this is an important consideration in determining good faith on the part of Honda.

### 3.2.1.2 *No "Set-Up"; No "Hardball"*

[43] The trial judge concluded, at para. 45 of his judgment, that Keays was being "set up" for failure because Dr. Brennan had already made up his mind that his condition was bogus. First, I think it is important to note that there is no evidence that Dr. Brennan took on a "hardball" attitude. A careful analysis of the record reveals that Dr. Brennan simply could not, with the information that was provided to him, accept a diagnosis of CFS without first meeting Keays.

[44] The trial judge stated, at para. 45, that a note written by Dr. Brennan to Honda on December 3,

ses experts. Au vu de ces éléments de preuve, je ne vois pas comment le juge de première instance a pu conclure que Honda tentait d'intimider M. Keays en déformant les avis des médecins. Ceux-ci étaient clairs, et Honda n'avait aucune raison de mettre en doute leur bien-fondé. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en reprochant à Honda de s'être fiée à l'avis de ses médecins.

[41] Il a dit au par. 43 de ses motifs :

[TRADUCTION] Bien que des éléments de la lettre puissent être justes si on les considère isolément, dans le contexte global, l'état de santé de M. Keays est présenté de manière déformée.

[42] Il n'a pas précisé en quoi, dans son « contexte global », la lettre déformait la réalité. Pour qu'un document écrit donne une certaine impression lorsqu'il est considéré dans son « contexte global », des indices doivent s'y trouver. En l'espèce, la lettre n'en contient aucun. Considérée dans son « contexte global », la lettre du 28 mars informe tout simplement M. Keays que Honda veut lui faire rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan parce que, selon ses experts, son état de santé ne l'empêche pas de travailler. Le contexte global s'entend du fait que Honda reconnaît la déficience de M. Keays et son obligation de composer avec elle. Il s'agit d'une considération importante pour juger de la bonne foi de Honda.

### 3.2.1.2 *Ni leurre ni intransigeance*

[43] Au par. 45 de ses motifs, le juge de première instance a conclu que M. Keays avait été [TRADUCTION] « leurré » parce que le D<sup>r</sup> Brennan avait déjà conclu qu'il n'était pas vraiment malade. D'abord, il faut signaler qu'aucune preuve n'étaye le caractère [TRADUCTION] « intransigent » de l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan. Une analyse minutieuse du dossier révèle que le médecin ne pouvait tout simplement pas, à la lumière des renseignements qui lui avaient été fournis et sans d'abord rencontrer M. Keays, confirmer que celui-ci souffrait du SFC.

[44] Selon le juge de première instance (par. 45), dans une note transmise à Honda le 3 décembre

2000 reveals that Dr. Brennan “referenced the fact that the diagnosis of CFS carries ‘considerable controversy’ and that ‘many physicians’ do not believe it should be taken as a ‘stand alone’ diagnosis” and that “[h]e himself was of the view that it ‘may well be a bona fide medical condition’, but only in certain ‘very limited circumstances’”. These assertions alone should not lead one to believe that Dr. Brennan was taking a “hardball” approach to workplace absences. But there is more that has to be taken into account here. After stating that he believed that chronic fatigue syndrome is a *bona fide* medical condition under very limited circumstances, he continued to say:

Those circumstances are those as outlined by the Center for Disease Control (CDC) in Atlanta. The CDC has developed some strict diagnostic criteria for Chronic Fatigue Syndrome (CFS) to aid in its diagnosis and differentiation from depression, fatigue of chronic illness, malingering, multiple rheumatic diseases etc.

[45] Dr. Brennan was thus simply espousing the prevalent approach adopted by the CDC. I do not see how this can be qualified as “hardball”, as he was reiterating the information at his disposal. However, even if one were to conclude that Dr. Brennan was taking a somewhat “hardball” approach to workplace absences, Honda cannot be faulted for accepting his expert advice unless a conspiracy exists. As concluded by the Court of Appeal, there simply was no conspiracy to terminate Keays. Rosenberg J.A. correctly stated at paras. 91 and 93 of his reasons that:

There is no evidence to support the finding of a protracted corporate conspiracy. The appellant accommodated the respondent’s increasingly more serious disability over several years. The fact that the company ran a lean operation in which it was difficult to accommodate prolonged absences was not proof of a conspiracy.

. . . there is no evidence to support this conspiracy to interfere with the respondent’s relationship with his own physician. In fact, the trial judge’s finding on this issue is inconsistent with his broad finding that the appellant intended to dismiss the respondent. There would be no

2000, le D<sup>r</sup> Brennan [TRADUCTION] « mentionne que le SFC suscite une “grande controverse” et que, de l’avis de “nombreux médecins”, il ne faut pas l’assimiler à une maladie “en soi” et que, pour sa part, il “peut très bien s’agir d’un état pathologique réel”, mais uniquement “dans de très rares cas” ». Ces seules affirmations ne devraient pas permettre de conclure à l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan concernant l’absentéisme au travail. D’autres éléments doivent cependant être pris en compte. Après avoir opiné que le SFC constituait un état pathologique réel dans de très rares cas, le D<sup>r</sup> Brennan a ajouté :

[TRADUCTION] Ces cas correspondent à ceux recensés par le Centre for Disease Control (CDC) d’Atlanta. Le CDC a établi des critères stricts pour diagnostiquer le syndrome de la fatigue chronique (SFC) et le différencier notamment de la dépression, de la fatigue causée par une maladie chronique, de la simulation et des diverses maladies rhumatismales.

[45] Le D<sup>r</sup> Brennan adhérait donc simplement à la thèse dominante retenue par le CDC. Je ne vois pas comment on peut qualifier son attitude d’intransigeante puisqu’il reprenait les données mises à sa disposition. Si néanmoins son attitude était intransigeante vis-à-vis de l’absentéisme au travail, on ne peut reprocher à Honda d’avoir accepté son avis d’expert, à moins que l’existence d’un complot ne soit avérée. Or, la Cour d’appel a conclu qu’aucun complot n’était à l’origine du congédiement de M. Keays. Le juge Rosenberg dit à juste titre (par. 91 et 93) :

[TRADUCTION] Rien n’étaye la thèse d’un complot de longue date de la part de l’entreprise. Pendant plusieurs années, l’appelante a composé avec la déficience de l’intimé, qui allait s’aggravant. Comme elle fonctionnait à partir d’un minimum de ressources, il lui était difficile de composer avec les absences prolongées, mais il n’y a là aucune preuve de complot.

. . . rien n’étaye la thèse d’un complot visant l’imixtion du D<sup>r</sup> Brennan dans la relation entre l’intimé et son médecin. En fait, la conclusion du juge de première instance sur ce point ne concorde pas avec sa conclusion plus générale voulant que l’appelante ait

need to “insinuate” Dr. Brennan into the relationship if the company’s intent all along was to terminate the employment.

[46] As such, it was not open to the Court of Appeal to accept the trial judge’s finding that Keays was being set up when asked to meet with Dr. Brennan. Honda was merely listening to expert advice that can hardly be qualified as “hardball”. There is no rational way to justify the conclusion that the request for a meeting between Keays and Dr. Brennan was not perfectly normal in the circumstances.

### 3.2.1.3 *No Reprisal*

[47] The trial judge committed another overriding and palpable error in concluding that Honda’s decision to cancel its accommodation was a form of reprisal for Keays’ decision to retain legal counsel. The decision to stop accepting doctors’ notes was not reprisal for Keays seeking legal counsel. Rather, as concluded by Rosenberg J.A. in Court of Appeal, at para. 98, Honda was simply seeking to confirm Keays’ disability. Here again, it is important to note that Honda does not deny that there is a problem that has to be dealt with in a professional and fair way. As earlier mentioned, the notes had changed in character and were “cryptic” (para. 6 above). Moreover, as stated in para. 5 above, Shelby and Magill met to address the deficiencies in Keays’ doctors notes and Keays’ absences well before Keays’ lawyer sent his letter.

### 3.2.1.4 *Keays’ Condition Worsened*

[48] The trial judge committed an overriding and palpable error in considering Keays’ disability subsequent to termination; this was not compensable under the *Wallace* umbrella because there was no evidence that the disability was caused by the manner of termination.

eu l’intention de congédier l’intimé. En effet, une telle immixtion n’aurait pas été nécessaire si l’intention de l’entreprise avait toujours été de congédier l’intimé.

[46] Partant, il n’était pas loisible à la Cour d’appel de faire sienne la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Keays avait été leurré lorsqu’on lui avait demandé de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Honda donnait tout simplement suite à un avis d’expert qu’on peut difficilement qualifier d’intransigeant. Nul motif rationnel ne justifie la conclusion qu’il n’était pas tout à fait normal, dans les circonstances, de demander à M. Keays de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan.

### 3.2.1.3 *L’absence de représailles*

[47] Le juge de première instance a commis une autre erreur manifeste et dominante lorsqu’il a conclu que Honda avait mis fin aux mesures d’adaptation en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d’un avocat. La décision de Honda de ne plus accepter les billets du médecin ne visait pas à punir M. Keays, mais bien, comme l’a conclu le juge Rosenberg de la Cour d’appel (par. 98), à obtenir simplement la confirmation de l’invalidité. Encore une fois, il importe de signaler que Honda ne nie pas l’existence d’un problème devant être résolu de manière professionnelle et équitable. Je le répète, la teneur des billets avait changé : ils étaient devenus « sibyllins » (par. 6 des présents motifs). Qui plus est, comme je l’indique au par. 5, M<sup>mes</sup> Selby et Magill se sont rencontrées pour discuter des lacunes des billets du médecin et des absences de l’employé bien avant que l’avocat de M. Keays n’envoie sa lettre.

### 3.2.1.4 *La détérioration de l’état de M. Keays*

[48] Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en tenant compte de l’invalidité de M. Keays subséquente à son congédiement. En effet, les principes énoncés dans l’arrêt *Wallace* ne permettaient pas d’indemnisation à cet égard, car rien ne prouvait que les circonstances du congédiement étaient la cause de cette invalidité.



### 3.2.2 The Legal Analysis

[49] The trial judge's decision in this case highlights the problems we face in dealing with damages for conduct in the context of termination of employment. In particular, it raises questions about the propriety of damages for manner of dismissal, whereby damages are awarded by extending the notice period (*Wallace* damages). This re-evaluation is mandated particularly by this Court's recent decision in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30.

#### 3.2.2.1 *Current State of the Law*

[50] An action for wrongful dismissal is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship in the absence of just cause. Thus, if an employer fails to provide reasonable notice of termination, the employee can bring an action for breach of the implied term (*Wallace*, at para. 115). The general rule, which stems from the British case of *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), is that damages allocated in such actions are confined to the loss suffered as a result of the employer's failure to give proper notice and that no damages are available to the employee for the actual loss of his or her job and/or pain and distress that may have been suffered as a consequence of being terminated. This Court affirmed this rule in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, at p. 684:

... the damages cannot be increased by reason of the circumstances of dismissal whether in respect of the [employee's] wounded feelings or the prejudicial effect upon his reputation and chances of finding other employment.

[51] Later in *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, McIntyre J. stated at p. 1103:

... I would conclude that while aggravated damages may be awarded in actions for breach of contract in appropriate cases, this is not a case where they should be given. The rule long established in the *Addis* and

### 3.2.2 L'analyse juridique

[49] La décision du juge de première instance en l'espèce fait ressortir les problèmes de l'indemnisation pour le comportement de l'employeur lors du congédiement. Elle soulève spécialement des questions quant à l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts pour les circonstances du renvoi (fondés sur l'arrêt *Wallace*) par l'allongement du préavis. Le récent arrêt *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30, en particulier, commande le réexamen de la question.

#### 3.2.2.1 *L'état actuel du droit*

[50] L'action pour congédiement injustifié se fonde sur l'obligation, découlant tacitement du contrat de travail, de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation d'emploi en l'absence d'un motif valable de le faire. Ainsi, l'employé auquel l'employeur ne donne pas un préavis raisonnable de cessation d'emploi peut tenter une action pour manquement à cette obligation tacite (*Wallace*, par. 115). Suivant la règle générale issue de l'arrêt britannique *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), des dommages-intérêts ne sont alors accordés que pour le préjudice causé par l'omission de l'employeur de donner le préavis requis, et l'employé ne peut être indemnisé de la perte de son emploi non plus que des souffrances morales causées par le congédiement. Notre Cour a confirmé cette règle dans l'arrêt *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, p. 684 :

[TRADUCTION] ... il est impossible de majorer les dommages-intérêts en raison des circonstances du renvoi, que ce soit à l'égard de l'humiliation subie par l'[employé] ou des effets néfastes sur sa réputation et sur ses chances de se trouver un autre emploi.

[51] Plus tard, dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, le juge McIntyre a dit (p. 1103) :

... je suis d'avis de conclure qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts majorés dans une action pour violation de contrat lorsque cela est indiqué, mais qu'en l'espèce il n'y a pas lieu de les accorder. On a

*Peso Silver Mines* cases has generally been applied to deny such damages, and the employer/employee relationship (in the absence of collective agreements which involve consideration of the modern labour law régime) has always been one where either party could terminate the contract of employment by due notice, and therefore the only damage which could arise would result from a failure to give such notice.

[52] The Court in *Vorvis* nevertheless left open the possibility of allocating aggravated damages in wrongful dismissal cases where the acts complained of were also independently actionable. McIntyre J. stated at p. 1103:

I would not wish to be taken as saying that aggravated damages could never be awarded in a case of wrongful dismissal, particularly where the acts complained of were also independently actionable, a factor not present here. [Emphasis added.]

[53] In *Wallace*, Iacobucci J. endorsed a strict interpretation of the *Vorvis* “independently actionable wrong” approach, rejecting both an implied contractual duty of good faith and a tort of bad faith discharge. At para. 73, he said:

Relying upon the principles enunciated in *Vorvis*, *supra*, the Court of Appeal held that any award of damages beyond compensation for breach of contract for failure to give reasonable notice of termination “must be founded on a separately actionable course of conduct” (p. 184). Although there has been criticism of *Vorvis* . . . this is an accurate statement of the law. . . . An employment contract is not one in which peace of mind is the very matter contracted for (see e.g. *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)) and so, absent an independently actionable wrong, the foreseeability of mental distress or the fact that the parties contemplated its occurrence is of no consequence. . . . [Emphasis added.]

[54] This brings us to *Fidler*, where the Court, *per* McLachlin C.J. and Abella J., concluded that it

généralement appliqué la règle établie depuis longtemps dans les arrêts *Addis* et *Peso Silver Mines* pour refuser l’attribution de tels dommages-intérêts. Dans les relations entre employeur et employés (en l’absence de conventions collectives qui font intervenir le régime moderne de droit du travail), il a toujours été loisible à l’une ou l’autre des parties de résilier le contrat de travail moyennant un préavis raisonnable et, en conséquence, le seul préjudice qui pourrait en découler serait celui qui résulte de l’omission de donner ce préavis.

[52] Néanmoins, dans cet arrêt, la Cour n’a pas exclu la possibilité d’accorder des dommages-intérêts majorés pour congédiement injustifié dans le cas où les actes reprochés donnent eux-mêmes ouverture à un droit d’action. Voici ce qu’a affirmé le juge McIntyre (p. 1103) :

Je ne voudrais pas qu’on conclue de mes propos que des dommages-intérêts majorés ne peuvent jamais être accordés dans une affaire de renvoi injustifié, surtout quand les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d’action, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. [Je souligne.]

[53] Dans l’arrêt *Wallace*, le juge Iacobucci a interprété strictement l’arrêt *Vorvis* et l’analyse fondée sur la « faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action », rejetant à la fois l’obligation contractuelle tacite d’agir de bonne foi et la responsabilité délictuelle pour manquement à cette obligation lors d’un congédiement (par. 73) :

S’appuyant sur les principes énoncés dans l’arrêt *Vorvis*, précité, la Cour d’appel a jugé que toute attribution de dommages-intérêts en sus d’une indemnisation de rupture de contrat en raison du défaut de donner un préavis raisonnable de cessation d’emploi [TRADUCTION] « doit se fonder sur un comportement donnant lui-même ouverture à un droit d’action » (p. 184). Bien que l’arrêt *Vorvis* ait été critiqué [ . . . ], il représente un énoncé exact de l’état du droit. [ . . . ] Un contrat de travail n’est pas un contrat dans lequel la tranquillité d’esprit est elle-même visée (voir, par exemple, l’arrêt *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)), et ainsi, en l’absence d’une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action, la prévisibilité des souffrances morales ou le fait que les parties aient envisagé qu’elles surviendraient n’a aucune conséquence . . . [Je souligne.]

[54] Ce qui nous amène à l’arrêt *Fidler* dans lequel, par la voix de la juge en chef McLachlin et

was no longer necessary that there be an independent actionable wrong before damages for mental distress can be awarded for breach of contract, whether or not it is a “peace of mind” contract. It stated at para. 49:

We conclude that the “peace of mind” class of cases should not be viewed as an exception to the general rule of the non-availability of damages for mental distress in contract law, but rather as an application of the reasonable contemplation or foreseeability principle that applies generally to determine the availability of damages for breach of contract.

This conclusion was based on the principle, articulated in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, that damages are recoverable for a contractual breach if the damages are “such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally . . . from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties” (p. 151). The court in *Hadley* explained the principle of reasonable expectation as follows:

Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. [p. 151]

[55] Thus, in cases where parties have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause the plaintiff mental distress, the plaintiff is entitled to recover (*Fidler*, at para. 42; *Vorvis*, at p. 1102). This principle was reaffirmed in para. 54 of *Fidler*, where the Court recognized that the *Hadley* rule explains the extended notice period in *Wallace*:

de la juge Abella, la Cour a statué que l’existence d’une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action n’était plus une exigence pour l’indemnisation de la souffrance morale causée par la rupture d’un contrat, que celui-ci vise ou non la « tranquillité d’esprit ». Voici ce qu’elle a dit (par. 49) :

Nous concluons qu’il ne faut pas voir les affaires de « tranquillité d’esprit » comme une exception à la règle générale interdisant l’indemnisation de la souffrance morale en matière contractuelle, mais plutôt comme des cas d’application du principe de la prévisibilité raisonnable qui régit généralement l’attribution de dommages-intérêts pour violation de contrat.

Cette conclusion s’appuyait sur le principe énoncé dans l’arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, selon lequel la réparation susceptible d’être obtenue pour rupture du contrat est [TRADUCTION] « celle qu’on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle découlant naturellement [ . . . ] de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager » (p. 151). Voici comment, dans *Hadley*, on a expliqué le principe de la prévisibilité raisonnable :

[TRADUCTION] Cependant, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu’elles aient été connues des deux parties, les dommages-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc fondés sur le préjudice découlant normalement d’une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu’elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d’un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu’elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d’une rupture de contrat. [p. 151]

[55] En conséquence, dans le cas où, lors de la formation du contrat, les parties ont envisagé que, dans certaines circonstances, un manquement infligerait un préjudice moral, ce dernier est indemnifiable (*Fidler*, par. 42; *Vorvis*, p. 1102). La Cour l’a réaffirmé au par. 54 de l’arrêt *Fidler* en reconnaissant que la règle de l’arrêt *Hadley* expliquait l’allongement du préavis dans l’affaire *Wallace* :

It follows that there is only one rule by which compensatory damages for breach of contract should be assessed: the rule in *Hadley v. Baxendale*. The *Hadley* test unites all forms of contractual damages under a single principle. It explains why damages may be awarded where an object of the contract is to secure a psychological benefit, just as they may be awarded where an object of the contract is to secure a material one. It also explains why an extended period of notice may have been awarded upon wrongful dismissal in employment law: see *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701. In all cases, these results are based on what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation. [Emphasis deleted.]

[56] We must therefore begin by asking what was contemplated by the parties at the time of the formation of the contract, or, as stated in para. 44 of *Fidler*: “[W]hat did the contract promise?” The contract of employment is, by its very terms, subject to cancellation on notice or subject to payment of damages in lieu of notice without regard to the ordinary psychological impact of that decision. At the time the contract was formed, there would not ordinarily be contemplation of psychological damage resulting from the dismissal since the dismissal is a clear legal possibility. The normal distress and hurt feelings resulting from dismissal are not compensable.

[57] Damages resulting from the manner of dismissal must then be available only if they result from the circumstances described in *Wallace*, namely where the employer engages in conduct during the course of dismissal that is “unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive” (para. 98).

[58] The application of *Fidler* makes it unnecessary to pursue an extended analysis of the scope of any implied duty of good faith in an employment contract. *Fidler* provides that “as long as the promise in relation to state of mind is a part of the bargain in the reasonable contemplation of the contracting parties, mental distress damages arising from its breach are recoverable” (para. 48). In *Wallace*, the Court held employers “to an obligation

Il s’ensuit qu’une seule règle permet que des dommages-intérêts compensatoires soient accordés pour violation d’un contrat : la règle de l’arrêt *Hadley c. Baxendale*. Le critère de cet arrêt réunit en un principe unique toutes les formes de dommages-intérêts en matière contractuelle. Ce qui explique pourquoi des dommages-intérêts peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d’assurer un avantage psychologique, tout comme ils peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d’assurer un avantage matériel. Cela explique aussi qu’une prolongation de la période de préavis ait pu être accordée dans un cas de congédiement injustifié en droit de l’emploi : voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701. Dans tous les cas, ces résultats sont fondés sur ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat. [Italiques dans l’original omis.]

[56] Il nous faut donc d’abord nous demander ce qu’ont envisagé les parties lors de la formation du contrat ou, comme l’a dit la Cour au par. 44 de l’arrêt *Fidler*, « qu’était-il promis au contrat? » Suivant son libellé, le contrat d’emploi est susceptible de résiliation moyennant préavis ou paiement d’une indemnité en tenant lieu, indépendamment du préjudice psychologique normal causé par une telle mesure. Au moment de la formation du contrat, le préjudice psychologique éventuel infligé par le congédiement n’est habituellement pas envisagé puisqu’une telle mesure est usitée et parfaitement légale. La souffrance morale normale causée par un congédiement n’est pas indemnisable.

[57] Des dommages-intérêts ne doivent donc être accordés pour les circonstances du congédiement que lorsqu’est remplie la condition énoncée dans l’arrêt *Wallace*, à savoir que l’employeur se soit comporté, lors du congédiement, « de façon inéquitable ou [en faisant] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteur[r], trompeur[r] ou trop implacabl[e] » (par. 98).

[58] L’application de l’arrêt *Fidler* rend inutile l’analyse approfondie de la portée de l’obligation de bonne foi découlant tacitement du contrat d’emploi. Dans cet arrêt, la Cour a dit que « si la promesse se rapportant à l’état d’esprit fait partie du marché raisonnablement envisagé par les parties, la souffrance morale causée par le manquement à cette promesse peut donner lieu à des dommages-intérêts » (par. 48). Dans l’arrêt *Wallace*, elle a

of good faith and fair dealing in the manner of dismissal” (para. 95) and created the expectation that, in the course of dismissal, employers would be “candid, reasonable, honest and forthright with their employees” (para. 98). At least since that time, then, there has been expectation by both parties to the contract that employers will act in good faith in the manner of dismissal. Failure to do so can lead to foreseeable, compensable damages. As aforementioned, this Court recognized as much in *Fidler* itself, where we noted that the principle in *Hadley* “explains why an extended period of notice may have been awarded upon wrongful dismissal in employment law” (para. 54).

[59] To be perfectly clear, I will conclude this analysis of our jurisprudence by saying that there is no reason to retain the distinction between “true aggravated damages” resulting from a separate cause of action and moral damages resulting from conduct in the manner of termination. Damages attributable to conduct in the manner of dismissal are always to be awarded under the *Hadley* principle. Moreover, in cases where damages are awarded, no extension of the notice period is to be used to determine the proper amount to be paid. The amount is to be fixed according to the same principles and in the same way as in all other cases dealing with moral damages. Thus, if the employee can prove that the manner of dismissal caused mental distress that was in the contemplation of the parties, those damages will be awarded not through an arbitrary extension of the notice period, but through an award that reflects the actual damages. Examples of conduct in dismissal resulting in compensable damages are attacking the employee’s reputation by declarations made at the time of dismissal, misrepresentation regarding the reason for the decision, or dismissal meant to deprive the employee of a pension benefit or other right, permanent status for instance (see also the examples in *Wallace*, at paras. 99-100).

statué que les employeurs ont « une obligation de bonne foi et de traitement équitable dans le mode de congédiement » (par. 95) et qu’ils devraient, dans le cadre d’une telle mesure, être « francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés » (par. 98). Depuis cette décision, à tout le moins, les deux parties au contrat s’attendent donc à ce que l’employeur agisse de bonne foi s’il congédie l’employé, faute de quoi il y aura préjudice prévisible susceptible d’indemnisation. Je le rappelle, notre Cour l’a reconnu tout autant dans l’arrêt *Fidler* lui-même en précisant que le principe de l’arrêt *Hadley* « explique [. . .] qu’une prolongation de la période de préavis ait pu être accordée dans un cas de congédiement injustifié en droit de l’emploi » (par. 54).

[59] Pour clarifier tout à fait ma pensée, je conclus cette analyse de la jurisprudence de notre Cour en affirmant qu’il n’y a aucune raison de continuer de faire une distinction entre les « dommages-intérêts majorés proprement dits » accordés sur le fondement d’une cause d’action distincte et les dommages-intérêts accordés pour le préjudice moral infligé par le comportement de l’employeur lors du congédiement. Le préjudice causé par les circonstances du congédiement est toujours indemnisable suivant le principe de l’arrêt *Hadley*, à condition qu’il y ait eu manquement à l’obligation de bonne foi examinée précédemment. Par ailleurs, lorsque le droit à l’indemnisation est reconnu, il n’y a pas lieu d’allonger le préavis pour déterminer le juste montant de l’indemnité. Le montant de l’indemnisation est calculé en appliquant les mêmes principes et de la même manière que pour les autres préjudices moraux. Partant, lorsque l’employé ne peut prouver que les circonstances du congédiement lui ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé, l’indemnisation se fera non pas par l’allongement arbitraire du préavis, mais bien par l’octroi d’une somme dont le montant reflète le préjudice réel. À titre d’exemples de comportements qui infligent un préjudice indemnisable, mentionnons l’atteinte à la réputation de l’employé découlant de déclarations faites lors du congédiement, l’inexactitude du motif invoqué ou le dessein de priver l’employé d’un droit, notamment celui à des prestations de retraite ou à la titularisation (voir les exemples donnés dans l’arrêt *Wallace*, par. 99-100).

[60] In light of the above discussion, the confusion between damages for conduct in dismissal and punitive damages is unsurprising, given that both have to do with conduct at the time of dismissal. It is important to emphasize here that the fundamental nature of damages for conduct in dismissal must be retained. This means that the award of damages for psychological injury in this context is still intended to be compensatory. The Court must avoid the pitfall of double-compensation or double-punishment that has been exemplified by this case.

### 3.2.2.2 *Application of the Revised Test to This Case*

[61] I have reviewed the major overriding and palpable errors which undermine the trial judge's finding that Honda acted in "bad faith" when terminating Keays. There was, in my opinion, no such breach and no justification for an award of damages for conduct in dismissal.

### 3.3 *Punitive Damages*

[62] In *Vorvis*, McIntyre J., for the majority, held that punitive damages are recoverable provided the defendant's conduct said to give rise to the claim is itself "an actionable wrong". This position stood until 2002 when my colleague Binnie J., writing for the majority, dealt comprehensively with the issue of punitive damages in the context of the *Whiten* case. He specified that an "actionable wrong" within the *Vorvis* rule does not require an independent tort and that a breach of the contractual duty of good faith can qualify as an independent wrong. Binnie J. concluded, at para. 82, that "[a]n independent actionable wrong is required, but it can be found in breach of a distinct and separate contractual provision or other duty such as a fiduciary obligation." In the case at hand, the trial judge and the Court of Appeal concluded that Honda's "discriminatory conduct" amounted to an independent actionable wrong for the purposes of allocating punitive damages. This being said, there is no need to discuss the concept of "actionable wrong"

[60] Au vu de ce qui précède, la confusion entre les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement et les dommages-intérêts punitifs n'a rien d'étonnant, les deux indemnités étant versées à cause du comportement de l'employeur lors du congédiement. Il convient de signaler l'importance de préserver la nature fondamentale des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement, c'est-à-dire que la somme accordée pour le préjudice psychologique doit toujours viser l'indemnisation. La Cour doit éviter la double indemnisation ou la double sanction, comme celles intervenues dans la présente affaire.

### 3.2.2.2 *L'application du critère révisé à la présente espèce*

[61] J'ai analysé les principales erreurs manifestes et dominantes qui entachent la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda a agi de « mauvaise foi » en congédiant M. Keays. J'estime qu'il n'y a pas eu de tel manquement et qu'il n'était pas justifié d'accorder des dommages-intérêts pour les circonstances du congédiement.

### 3.3 *Dommages-intérêts punitifs*

[62] Dans l'arrêt *Vorvis*, le juge McIntyre a statué au nom des juges majoritaires que des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés lorsque l'acte reproché constitue en lui-même un « méfait donnant ouverture à un droit d'action ». En 2002, dans l'arrêt *Whiten*, le juge Binnie, au nom des juges majoritaires, a de nouveau approfondi la question des dommages-intérêts punitifs. Il a précisé qu'une « faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action » au sens de la règle énoncée dans l'arrêt *Vorvis* n'exige pas qu'un délit indépendant soit commis ni que le manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi constitue une faute indépendante. Il a conclu qu'« [i]l faut certes une faute indépendante donnant ouverture à [un droit d'] action, mais [qu'] elle peut découler de la violation d'une stipulation contractuelle distincte ou d'une autre obligation, telle une obligation de fiduciaire » (par. 82). Dans la présente affaire, le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que le [TRADUCTION] « comportement

here; this was done in *Whiten*. What matters here is that there was no basis for the judge's decision on the facts. I will therefore examine the facts and determine why punitive damages were not well justified according to the criteria in *Whiten*. I will also discuss the need to avoid duplication in damage awards. Damages for conduct in the manner of dismissal are compensatory; punitive damages are restricted to advertent wrongful acts that are so malicious and outrageous that they are deserving of punishment on their own. This distinction must guide judges in their analysis.

[63] In this case, the trial judge awarded punitive damages on the basis of discriminatory conduct by Honda. Honda argues that discrimination is precluded as an independent cause of action under *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. In that case, this Court clearly articulated that a plaintiff is precluded from pursuing a common law remedy when human rights legislation contains a comprehensive enforcement scheme for violations of its substantive terms. The reasoning behind this conclusion is that the purpose of the Ontario *Human Rights Code* is to remedy the effects of discrimination; if breaches to the Code were actionable in common law courts, it would encourage litigants to use the Code for a purpose the legislature did not intend — namely, to punish employers who discriminate against their employees. Thus, a person who alleges a breach of the provisions of the Code must seek a remedy within the statutory scheme set out in the Code itself. Moreover, the recent amendments to the Code (which would allow a plaintiff to advance a breach of the Code as a cause of action in connection with another wrong) restrict monetary compensation to loss arising out of the infringement, including any injuries to dignity, feelings

discriminatoire » de Honda était assimilable à une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Cela dit, il n'est pas nécessaire d'approfondir la notion de « faute donnant ouverture à un droit d'action »; la Cour l'a fait dans l'affaire *Whiten*. L'élément déterminant en l'espèce est que la décision n'a pas d'assise factuelle. Il faut donc déterminer, après examen des faits, les raisons pour lesquelles l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'était pas bien justifié suivant le critère issu de l'arrêt *Whiten*. J'examinerai aussi la nécessité d'éviter le chevauchement dans l'indemnisation. Les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement sont de nature compensatoire. Les dommages-intérêts punitifs sont accordés uniquement lorsque l'acte fautif délibéré est si malveillant et inacceptable qu'il justifie une sanction indépendante. Cette distinction doit orienter l'analyse du tribunal.

[63] En l'espèce, le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts punitifs en raison du comportement discriminatoire de l'employeur. Or, selon Honda, dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, la Cour a statué que la discrimination ne pouvait constituer une cause d'action indépendante. Dans cet arrêt, notre Cour a clairement indiqué qu'une réparation ne pouvait être obtenue sur le fondement du droit commun lorsque les dispositions substantielles d'une loi sur les droits de la personne se doublaient d'un mécanisme complet d'application. Suivant son raisonnement, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario visait à remédier aux effets de la discrimination, et permettre de saisir un tribunal de droit commun en cas de violation de ses dispositions aurait encouragé son application à une fin non prévue par le législateur, à savoir celle de punir l'employeur qui prend une mesure discriminatoire envers un employé. La personne qui alléguait le non-respect du code devait donc demander réparation en application du régime établi par celui-ci. Qui plus est, les modifications subséquentes apportées au code (permettant au demandeur d'invoquer sa violation comme cause d'action en liaison avec une autre faute) précisaient

and self-respect. In this respect, they confirm the Code's remedial thrust.

[64] The Court of Appeal, relying on *McKinley*, concluded that *Bhadauria* only precludes a civil action based directly on a breach of the Code — but does not preclude finding an independent actionable wrong for the purpose of allocating punitive damages. It is my view that the Code provides a comprehensive scheme for the treatment of claims of discrimination and *Bhadauria* established that a breach of the Code cannot constitute an actionable wrong; the legal requirement is not met.

[65] Keays argued in cross-appeal before this Court that the decision in *Bhadauria* should be set aside and that a separate tort of discrimination should be recognized. In *Bhadauria*, Laskin C.J., writing for the Court, held that the plaintiff was precluded from pursuing a common law remedy because the applicable human rights legislation (the Code) contained a comprehensive enforcement scheme for violations of its substantive terms. The subtext of the *Bhadauria* decision is a concern that the broad, unfettered tort of discrimination created by the Court of Appeal would lead to indeterminate liability. Laskin C.J. wrote, at p. 189:

It is one thing to apply a common law duty of care to standards of behaviour under a statute; that is simply to apply the law of negligence in the recognition of so-called statutory torts. It is quite a different thing to create by judicial fiat an obligation — one in no sense analogous to a duty of care in the law of negligence — to confer an economic benefit upon certain persons, with whom the alleged obligor has no connection . . .

The concern that a tort of discrimination does not contain an effective limiting device was raised by interveners in this appeal. Moreover, as noted by the intervener Manitoba Human Rights Commission, jurisdictions outside Ontario have human rights

que seul le préjudice causé par l'atteinte, notamment à la dignité, aux sentiments et à l'estime de soi, pouvait faire l'objet d'une indemnisation pécuniaire. À cet égard, ces modifications confirmaient l'objectif réparateur du Code.

[64] S'appuyant sur l'arrêt *McKinley*, la Cour d'appel a conclu que l'arrêt *Bhadauria* faisait obstacle à une instance civile reposant directement sur une violation du Code, mais non à une conclusion qu'une faute donne elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'obtention de dommages-intérêts punitifs. À mon sens, le Code prévoit un mécanisme complet pour statuer sur les allégations de discrimination, et l'arrêt *Bhadauria* a établi qu'une violation du Code ne peut constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action; l'exigence juridique n'est pas remplie.

[65] Dans son pourvoi incident, M. Keays soutient que la Cour devrait revenir sur l'arrêt *Bhadauria* et reconnaître le délit distinct de discrimination. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin a statué au nom de la Cour qu'une réparation ne pouvait être obtenue sur le fondement du droit commun lorsque les dispositions substantielles sur les droits de la personne (celles du Code) se doublent d'un mécanisme complet d'application. La crainte sous-jacente était que le délit de discrimination large et non circonscrit créé par la Cour d'appel ne fasse naître une responsabilité indéterminée. Le juge en chef Laskin écrit à la p. 189 :

C'est une chose que de faire appliquer une obligation de diligence découlant de la *common law* aux normes de comportement prévues par une loi; il s'agit simplement là d'appliquer le droit en matière de négligence à la reconnaissance des délits civils visés par la loi. C'est tout autre chose que de créer par autorisation judiciaire une obligation — qui n'est aucunement assimilable à une obligation de diligence dans le droit en matière de négligence — de conférer un avantage économique à certaines personnes avec lesquelles le prétendu obligé n'a aucun rapport . . .

Des intervenants au présent pourvoi disent craindre qu'un délit de discrimination ne soit pas bien circonscrit. En outre, comme l'a fait observer l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba, les dispositions sur les droits de la



legislation that vests jurisdiction exclusively with the provincial/territorial human rights tribunal. Accordingly, the concern in *Bhadauria* that recognition of a tort of discrimination would be inconsistent with legislative intent is still real.

[66] The Council of Canadians with Disabilities, another intervener, raised the concern that recognition of a tort of discrimination may undermine the statutory regime which, for many victims of discrimination, is a more accessible and effective means by which to seek redress.

[67] This said, there is no need to reconsider the position in *Bhadauria* in this case and deal with Keays' request for recognition of a distinct tort of discrimination. There was no evidence of discrimination to support a claim under s. 5 of the Ontario *Human Rights Code*, therefore no breach of human rights legislation serving as an actionable wrong, as required by Goudge J.A. Furthermore, there was no evidence of conduct meeting the strict requirements in *Whiten*. The trial judge concluded that the accommodation provided by admission to the disability program was itself discriminatory because Keays "had to 'earn' each dispensation from being 'coached' for any absences by presenting a 'note' from his doctor like some child who is suspected of 'playing hooky' from school" (para. 53). The trial judge then added that it made little sense to have a disability program and then deter its use by asking for doctors' notes. The association of coaching and the requirement of notes made by the trial judge here is puzzling. The requirement of notes was in effect part of the accommodation because it permitted absences without the possibility of the same leading to disciplinary action for failing to meet work requirements. There was no detriment in being part of the disability program and being treated differently from persons with "mainstream illnesses". The differential treatment was meant to accommodate the particular circumstances of persons with a particular type of disability and to provide a benefit to them. It is indeed apparent from the record that the program was designed to establish a continuous relation between management

personne confèrent une compétence exclusive en la matière au tribunal des droits de la personne de la province ou du territoire, sauf en Ontario. Par conséquent, la crainte exprimée par notre Cour dans l'arrêt *Bhadauria* que la reconnaissance d'un délit de discrimination aille à l'encontre de l'intention du législateur demeure bien réelle.

[66] L'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences fait valoir que la reconnaissance d'un délit de discrimination pourrait affaiblir un régime législatif qui offre à de nombreuses victimes un moyen plus facile et plus efficace d'obtenir réparation.

[67] Cela dit, point n'est besoin en l'espèce de revenir sur l'arrêt *Bhadauria* ni de reconnaître un délit distinct de discrimination comme le préconise M. Keays. Aucune preuve de discrimination n'était une allégation fondée sur l'art. 5 du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, de sorte qu'aucune atteinte aux dispositions sur les droits de la personne ne constituait une faute donnant ouverture à un droit d'action, comme l'exigeait le juge Goudge, de la Cour d'appel. De plus, nul élément de preuve n'établissait que le comportement satisfaisait aux exigences strictes de l'arrêt *Whiten*. Le juge de première instance a conclu que la mesure d'adaptation prise par l'inscription au programme de gestion de l'invalidité était elle-même discriminatoire, car M. Keays [TRADUCTION] « devait, pour chaque absence, être dispensé d'«encadrement» en présentant un billet de son médecin, comme un élève susceptible de faire l'école buissonnière » (par. 53). Il a ensuite précisé qu'il était absurde d'offrir aux employés un programme de gestion de l'invalidité puis de les décourager d'y avoir recours en exigeant qu'ils présentent des billets du médecin. Le lien qu'il a établi entre l'encadrement et l'exigence de tels billets est déroutant. Celle-ci découlait en effet de la mesure d'adaptation en ce qu'elle permettait à l'employé de s'absenter sans encourir une mesure disciplinaire pour non-respect de l'obligation d'assiduité. Aucun préjudice ne découlait du fait de participer au programme de gestion de l'invalidité et d'être traité différemment des personnes affligées de « maladies courantes ». La différence de traitement constituait une mesure d'adaptation

and treating physicians and monitor absences in order to establish in particular an expected rate of absences which would not give rise to disciplinary action. The suggestion that the program itself was discriminatory is not supported by the facts.

[68] Even if I were to give deference to the trial judge on this issue, this Court has stated that punitive damages should “receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cautiously exercised” (*Vorvis*, at pp. 1104-5). Courts should only resort to punitive damages in exceptional cases (*Whiten*, at para. 69). The independent actionable wrong requirement is but one of many factors that merit careful consideration by the courts in allocating punitive damages. Another important thing to be considered is that conduct meriting punitive damages awards must be “harsh, vindictive, reprehensible and malicious”, as well as “extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment” (*Vorvis*, at p. 1108). The facts of this case demonstrate no such conduct. Creating a disability program such as the one under review in this case cannot be equated with a malicious intent to discriminate against persons with a particular affliction.

[69] The majority of the Court of Appeal upheld the award of punitive damages, but reduced the quantum to \$100,000. The findings supporting this decision are demonstrably wrong and, in some cases, contradict the Court of Appeal’s own findings. Before delving into the factual analysis, however, it is worth mentioning that even if the facts had justified an award of punitive damages, the lower courts should have been alert to the fact that compensatory damages were already awarded, and that under the old test, they carried an element of deterrence. This stems from the important principle that courts, when allocating punitive damages, must focus on the defendant’s misconduct, not on

à la situation particulière d’une personne atteinte d’une déficience particulière et elle visait à accorder un avantage. Il appert du dossier que l’objectif du programme était l’établissement d’une relation suivie entre la direction et le médecin traitant, ainsi que le contrôle des absences pour déterminer en particulier un taux d’absentéisme qui ne donnerait pas lieu à des mesures disciplinaires. L’allégation selon laquelle le programme était lui-même discriminatoire n’est pas étayée par les faits.

[68] Même si je déférais à l’avis du juge de première instance sur ce point, notre Cour a statué que « l’attribution de dommages-intérêts punitifs doit toujours se faire après mûre réflexion et que le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence » (*Vorvis*, p. 1104-1105). Les tribunaux ne devraient en accorder qu’à titre exceptionnel (*Whiten*, par. 69), et la faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action n’est qu’un des nombreux éléments qu’ils doivent alors examiner attentivement avant de le faire. Un autre élément important est que le comportement en cause ait été « dur, vengeur, répréhensible et malicieux » et « de nature extrême et [qu’il] mérite, selon toute norme raisonnable, d’être condamné et puni » (*Vorvis*, p. 1108). L’existence d’un tel comportement ne ressort pas des faits de la présente affaire. La mise sur pied d’un programme de gestion de l’invalidité comme celui considéré en l’espèce ne peut être assimilée à l’intention malveillante de faire preuve de discrimination envers des personnes atteintes de certaines affections.

[69] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé les dommages-intérêts punitifs accordés, mais abaissé leur montant à 100 000 \$. Les conclusions étayant cette décision sont manifestement erronées et, dans certains cas, elles contredisent celles de la Cour d’appel. Toutefois, avant de pousser l’analyse factuelle, il convient de signaler que même si les faits avaient justifié l’attribution de dommages-intérêts punitifs, les tribunaux inférieurs auraient dû être conscients du fait que des dommages-intérêts compensatoires avaient déjà été accordés et que, suivant l’ancien critère, ils comportaient un élément de dissuasion. En effet, un principe important veut que l’octroi de dommages-intérêts

the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73). In this case, the same conduct underlays the awards of damages for conduct in dismissal and punitive damages. The lower courts erred by not questioning whether the allocation of punitive damages was necessary for the purposes of denunciation, deterrence and retribution, once the damages for conduct in dismissal were awarded. Be that as it may, we now have a clearer foundation to distinguish between damages for conduct in dismissal and punitive damages.

[70] As earlier mentioned, there was considerable duplication in the award of damages for conduct in dismissal and punitive damages in this case. The discussion of punitive damages must nevertheless begin with a consideration of the conduct attributed to Honda that justified the award.

[71] As earlier mentioned, the main allegation was that Honda discriminated by requiring Keays to bring in a doctor's note to justify each absence when employees with "mainstream illnesses" did not have to do so. The trial judge also found that this requirement had the effect of lengthening absences, ignoring the evidence of Ms. Selby who testified that Honda did not require the employee to produce a doctor's note as a precondition to returning to work. As discussed earlier, employees outside the disability program did not require notes for absences of less than five days but were subject to discipline for excessive absences (A.R., at pp. 282-83), whereas employees in the program were allowed regular absences without discipline beyond the usual attendance requirement under a system of supervision based on regular contacts with doctors. The object of the disability program is to maintain regular contact with the family doctor in order to support treatment. It allows for disability-related absences, a form of accommodation determined in consultation with doctors. The program requires that medical notes be provided to establish that absences are in fact related to the disability. There is no stereotyping or arbitrariness here (*McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de*

punitifs tiennent non pas à la perte du demandeur, mais à la conduite répréhensible du défendeur (*Whiten*, par. 73). En l'espèce, le même comportement est à l'origine des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs. Les tribunaux inférieurs ont eu tort de ne pas se demander si, pour atteindre les objectifs de la réprobation, de la dissuasion et de la punition, des dommages-intérêts punitifs s'imposaient en sus des dommages-intérêts déjà accordés pour les circonstances du congédiement. Quoi qu'il en soit, la distinction entre les deux sortes de dommages-intérêts est désormais plus claire.

[70] Je le répète, le chevauchement des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est considérable en l'espèce. L'analyse portant sur ces derniers doit néanmoins débiter par l'examen du comportement reproché à Honda qui a justifié leur attribution.

[71] Suivant la principale allégation, Honda aurait adopté un comportement discriminatoire en obligeant M. Keays à présenter un billet de son médecin pour chacune de ses absences, alors que les employés souffrant de « maladies courantes » n'y étaient pas tenus. Le juge de première instance a également conclu que cette exigence avait eu pour effet d'accroître la durée des absences, faisant fi du témoignage de M<sup>me</sup> Selby selon lequel Honda ne faisait pas de la remise d'un billet du médecin une condition préalable au retour au travail. Rappelons que les employés qui ne participaient pas au programme de gestion de l'invalidité n'avaient pas à présenter un billet pour une absence de moins de cinq jours, mais ils s'exposaient à une mesure disciplinaire en cas d'absentéisme excessif (d.a., p. 282-283). En revanche, les employés inscrits au programme pouvaient s'absenter périodiquement et manquer à l'obligation d'assiduité générale sans encourir de mesures disciplinaires grâce à un mécanisme de surveillance fondé sur un suivi avec les médecins. Le programme de gestion de l'invalidité vise à assurer le suivi avec le médecin de famille dans l'intérêt du traitement. Il permet des absences pour invalidité, une mesure d'adaptation arrêtée avec les médecins. Un billet du médecin est exigé pour attester le lien entre

*l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4, at para. 49). In addition, I accept that the need to monitor the absences of employees who are regularly absent from work is a *bona fide* work requirement in light of the very nature of the employment contract and responsibility of the employer for the management of its workforce.

[72] The trial judge also found the refusal to remove the “coaching” record from Keays’ file to be discriminatory, even if there was no evidence of any adverse consequences to the existence of a coaching file. The evidence was that coaching is not a disciplinary procedure and would simply permit entry into the disability program allowing absences without disciplinary consequences (A.R., at pp. 306-14).

[73] The trial judge also based his decision on harassment; he seemed to relate this entirely to a suggestion made by Dr. Affoo that Keays consider taking a position with a light physical component (para. 55). It is certainly difficult to see a course of conduct in a single incident. Moreover, this was a single suggestion made by an independent expert, never acted upon. I have already dealt with this argument at para. 39 when discussing the damages for conduct in dismissal.

[74] A final basis for the finding that punitive damages were justified is that Honda had “retaliated” against Keays. I have dealt with this at para. 47.

[75] The Court of Appeal pointed to the finding that Honda knew that Keays valued his employment and was dependent upon it for disability benefits. It is no doubt true that Keays valued his job and that he was dependent upon that employment for his disability benefits. However, knowledge of this cannot justify an award of punitive damages. All employees

l’absence et la déficience. Il n’y a pas de caractéristiques stéréotypées ou arbitraires attribuées en l’espèce (*Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4, par. 49). De plus, j’estime qu’un employeur doit assurer le suivi du dossier des employés qui s’absentent régulièrement, étant donné la nature même du contrat d’emploi et l’obligation qui lui incombe de gérer ses ressources humaines.

[72] Le juge de première instance a également jugé discriminatoire le refus de retirer du dossier de M. Keays le « rapport d’encadrement », même si rien ne prouvait que l’existence d’un tel rapport serait préjudiciable. La preuve révélait que l’encadrement n’était pas une mesure disciplinaire et qu’il rendait simplement admissible au programme de gestion de l’invalidité, lequel écartait toute sanction disciplinaire en cas d’absence (d.a., p. 306-314).

[73] Le juge de première instance a par ailleurs invoqué à l’appui de sa décision le harcèlement dont aurait fait l’objet M. Keays et qu’il a semblé relier entièrement à la recommandation du D<sup>r</sup> Affoo que M. Keays envisage la possibilité d’exercer une fonction exigeant peu d’effort physique (par. 55). Il est certes difficile d’établir une ligne de conduite à partir d’un seul incident. Aussi, il s’agissait d’une simple recommandation d’un expert indépendant à laquelle Honda n’a jamais donné suite. J’ai déjà examiné l’argument en me penchant sur les dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement (par. 39 des présents motifs).

[74] Enfin, les dommages-intérêts punitifs seraient justifiés parce que Honda aurait exercé des « représailles » contre M. Keays. (Se reporter au par. 47 des présents motifs.)

[75] La Cour d’appel a fait état de la conclusion selon laquelle Honda savait que M. Keays tenait à son emploi et en dépendait pour l’obtention de prestations d’invalidité. Ces faits ne sont pas remis en cause. Or, ils ne sauraient justifier des dommages-intérêts punitifs. Tout employé tient à son emploi. Ce qui importe c’est le comportement de Honda à

value their jobs. What matters is Honda's conduct with regards to Keays' need for medical attention and special accommodation. In this respect, it was wrong to blame Honda for Keays' loss of disability benefits. London Life's decision to cut off Keays' long-term disability benefits had nothing to do with Honda. It was therefore erroneous to attribute the insurer's decision to Honda and allow for punitive damages on such grounds.

[76] The Court of Appeal found that Honda knew Keays was particularly vulnerable because of his medical condition. However, according to the Court of Appeal's own findings, Honda did not know about the seriousness or true nature of Keays' medical condition because Keays would not facilitate an exchange of information about it. Honda was sceptical about Keays' disability and was taking steps to confirm it. His medical file did not disclose a definitive diagnosis of CFS and Keays refused to meet with Dr. Brennan despite repeated assurances that the meeting was only a "get to know you" session, to be followed by contacts with Keays' personal physician.

[77] Finally, the Court of Appeal pointed to Honda's refusal to deal with Keays' counsel. There is no legal obligation on the part of any party to deal with an employee's counsel while he or she continues with his or her employer. Parties are always entitled to deal with each other directly. What was egregious was the fact that Honda told Keays that hiring outside counsel was a mistake and that it would make things worse. This was surely a way of undermining the advice of the lawyer. This conduct was ill-advised and unnecessarily harsh, but it does not provide justification for an award of punitive damages.

[78] The evidence and the Court of Appeal's own findings lead me to conclude that Honda's conduct was not sufficiently egregious or outrageous to warrant an award of punitive damages under the *Whiten* criteria. The Court of Appeal's award must thus be overturned.

l'égard du suivi médical et des mesures d'adaptation nécessitées par M. Keays. Sur ce point, il était erroné de tenir Honda responsable de la cessation du versement des prestations d'assurance-invalidité de longue durée, car London Life avait pris seule sa décision. Il était donc infondé d'imputer à Honda la décision de l'assureur et d'accorder en conséquence des dommages-intérêts punitifs.

[76] La Cour d'appel a conclu que Honda savait que l'état de santé de M. Keays le rendait particulièrement vulnérable. Elle a toutefois conclu que l'employeur ne connaissait ni la gravité ni la nature véritable de l'affection dont souffrait M. Keays, car ce dernier ne facilitait pas l'échange de renseignements sur le sujet. Honda entretenait des doutes sur la déficience dont se disait atteint M. Keays et elle cherchait à confirmer son existence. Dans le dossier médical de l'employé, le SFC n'était pas diagnostiqué de manière définitive. De plus, M. Keays refusait toute rencontre avec le Dr Brennan malgré les assurances répétées qu'elle devait uniquement permettre au médecin de mieux le connaître, après quoi le Dr Brennan aurait communiqué avec le médecin traitant.

[77] Enfin, la Cour d'appel a relevé le refus de Honda de s'adresser à l'avocat de M. Keays. Nul employeur n'est légalement tenu de s'adresser à l'avocat d'un employé pendant la durée du contrat d'emploi. Les parties ont toujours le droit de communiquer directement l'une avec l'autre. Il était cependant inadmissible que Honda dise à M. Keays qu'il avait eu tort de prendre un avocat et que cela allait envenimer les choses. C'était certes un moyen de mettre à mal les conseils de l'avocat. Ce comportement était inapproprié et inutilement dur, mais il ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

[78] La preuve et les conclusions de la Cour d'appel m'amènent à conclure que le comportement de Honda n'était pas inacceptable ou scandaleux au point de justifier des dommages-intérêts punitifs suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Whiten*. Par conséquent, la décision de la Cour d'appel doit être infirmée sur ce point.

#### 4. The Cost Premium

[79] The final issue that must be addressed relates to the cost premium. In *Walker v. Ritchie*, [2006] 2 S.C.R. 428, 2006 SCC 45, this Court found that the risk of non-payment of lawyer's fees is not a relevant factor under the Ontario *Rules of Civil Procedure* (Rule 57.01). This decision, which was released after the cost premium was awarded in this case, and Honda's success on this appeal are determinative. Thus, the cost premium should be set aside.

#### 5. Conclusion

[80] The appeal is allowed in part and the cross-appeal is dismissed. The damages for conduct in dismissal and punitive damages awards are set aside. Costs on this appeal and cross-appeal are awarded to Honda. At other levels, costs should be at a partial indemnity scale and the cost premium set aside.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

[81] LEBEL J. (dissenting in part on the appeal) — I have read the reasons of my colleague Justice Bastarache. I agree with him that there was no basis for the claim for punitive damages and that it overlaps with the award of what were formerly known as “Wallace damages”. I also agree with him that there is a need to review the categories of damages for dismissal. But any revision must reflect the view accepted by this Court that the contract of employment is a good faith contract that is informed by the values protected by and recognized in the human rights codes and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in respect of discrimination. As the Court found in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, the contract of employment often reflects substantial power imbalances. As a result, it must be performed and terminated in good faith, and fairly.

#### 4. La prime

[79] La dernière question à trancher est celle de la prime. Dans l'arrêt *Walker c. Ritchie*, [2006] 2 R.C.S. 428, 2006 CSC 45, notre Cour a statué que le risque de non-paiement des honoraires de l'avocat ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (règle 57.01). Cet arrêt rendu après que la prime eut été accordée, ainsi que la décision favorable à Honda rendue par notre Cour dans le cadre du présent pourvoi, sont décisifs. Par conséquent, la prime est annulée.

#### 5. Conclusion

[80] Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté. La décision d'accorder des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est annulée. Les dépens du présent pourvoi et du pourvoi incident sont adjugés à Honda. Devant les autres cours, les dépens sont adjugés sur la base d'une indemnisation partielle, et la prime est annulée.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

[81] LE JUGE LEBEL (dissent en partie quant au pourvoi) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Bastarache. Je conviens avec lui que l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'avait aucun fondement et faisait double emploi avec l'indemnité anciennement appelée « dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* ». Je reconnais également qu'il y a lieu de revoir la classification des catégories d'indemnité accordée en cas de congédiement. Cependant, il importe que toute réforme du droit respecte le principe reconnu par notre Cour selon lequel le contrat de travail est un contrat de bonne foi. Ce contrat intègre les valeurs protégées et reconnues par les codes des droits de la personne et la *Charte canadienne des droits et libertés*, spécialement au sujet de la discrimination. Comme l'a conclu notre Cour dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, le contrat d'emploi traduit souvent d'importantes inégalités de pouvoir. Pour ces motifs, il doit être exécuté et résilié avec bonne foi et équité.

[82] With respect, I believe that on the facts of this case, the award of additional damages for manner of dismissal (formerly “Wallace damages”) should stand. The trial judge committed no overriding errors in this respect ((2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258). Although his review of the facts may not have been flawless, there was a sufficient basis for the findings of bad faith and discrimination in the manner in which the employment of the respondent, Kevin Keays, was terminated by Honda.

[83] After discussing this, I will add a few comments on this Court’s judgment in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, and on its impact on the development of the law of torts.

#### I. Appellate Review and the Findings of Bad Faith

[84] This Court’s jurisprudence has had a significant impact on the review of facts by appellate courts. Indeed, the Court recognizes that it too is bound by the principle of deference to the findings of a trier of fact (*St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at paras. 37 and 46, *per* Gonthier J.). The trial in the Superior Court of Justice lasted 30 days. The trial judge heard extensive, and often conflicting, evidence about which he made numerous findings of fact. Despite some flaws in his review of the facts, his findings of bad faith and discrimination had an adequate factual foundation. Given the way the issues were addressed in this Court, I will discuss the errors allegedly committed by the trial judge in some detail in order to show that the factual foundation for those findings was adequate.

[85] I have reviewed the errors identified by the majority of the Court of Appeal, as well as those

[82] En tout respect pour mes collègues d’avis contraire, je crois, au vu des faits de l’espèce, que l’octroi de dommages-intérêts supplémentaires pour les circonstances du congédiement (les dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*) devrait être confirmé. Le juge de première instance n’a commis aucune erreur dominante à cet égard ((2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258). Son analyse des faits n’est peut-être pas irréprochable, mais des éléments de preuve suffisants étayaient ses conclusions selon lesquelles Honda a fait preuve de mauvaise foi et de discrimination en mettant fin à l’emploi de l’intimé, Kevin Keays.

[83] En guise de conclusion aux présents motifs, je me permets quelques remarques sur la décision de notre Cour dans l’affaire *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, et son incidence sur l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle.

#### I. Contrôle judiciaire et conclusions de mauvaise foi

[84] La jurisprudence de notre Cour a considérablement influencé le rôle des cours d’appel à l’égard de la révision des faits. D’ailleurs, notre Cour reconnaît être elle aussi assujettie au principe selon lequel les conclusions du juge des faits justifient la déférence (*St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 37 et 46, le juge Gonthier). Le procès instruit par la Cour supérieure de justice a duré 30 jours. Le juge de première instance a entendu de nombreux témoignages, souvent contradictoires, à partir desquels il a tiré de nombreuses conclusions de fait. Même si son analyse des faits n’est pas irréprochable, ses conclusions sur la mauvaise foi et la discrimination conservent un fondement factuel suffisant. En raison de la manière dont les questions en litige ont été abordées devant la Cour, je devrai examiner de façon assez détaillée les erreurs que le juge de première instance aurait commises, afin de déterminer si ses conclusions de mauvaise foi et de discrimination possédaient un fondement factuel suffisant.

[85] J’ai examiné les erreurs relevées par les juges majoritaires de la Cour d’appel, ainsi que

identified by Justice Bastarache to support his conclusion that *Wallace*, or manner of dismissal, damages were not warranted in this case. In my view, several of the findings the majority of the Court of Appeal identified as errors were in fact supported by the evidence. The findings my colleague identifies as errors are also, in my opinion, generally supported by the evidence. I will review each alleged error in turn below.

[86] I agree that the trial judge wrongly associated the termination of Mr. Keays' long-term disability insurance with Honda. The majority of the Court of Appeal properly rejected this finding, as there was no evidence that Honda was involved in the cancellation or in Mr. Keays' failed appeal. The majority of the Court of Appeal also identified the following findings as errors:

1. The appellant's misconduct was "planned and deliberate and formed a protracted corporate conspiracy". The majority found that this was not supported by the evidence.
2. The appellant conspired to interfere with the respondent's relationship with his own physician. The majority found that this contradicted the trial judge's finding that the appellant intended to dismiss the respondent. If it intended to dismiss him, there was no need to introduce Dr. Brennan into the relationship between Mr. Keays and his own physician.
3. The appellant benefited from its misconduct because it rid itself of a "problem associate". The majority could find no evidence to support this conclusion.
4. The appellant's in-house counsel breached the Rules of Professional Conduct of the Law Society of Upper Canada. The majority concluded that at most the behaviour was technical

celles invoquées par le juge Bastarache à l'appui de sa conclusion selon laquelle des dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* (ou liés aux circonstances du congédiement) n'étaient pas justifiés en l'espèce. À mon sens, plusieurs des conclusions jugées erronées par la Cour d'appel trouvaient appui dans la preuve. Les conclusions jugées erronées par mon collègue restent elles aussi, selon moi, généralement étayées par la preuve. J'examinerai ces prétendues erreurs à tour de rôle.

[86] Je reconnais que le juge de première instance a eu tort d'associer Honda à la décision de cesser de verser à M. Keays des prestations d'invalidité de longue durée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont à juste titre écarté sa conclusion faute de preuve que Honda avait joué un rôle dans la décision de mettre fin aux prestations ou de rejeter l'appel formé par M. Keays à ce sujet. Je résume ci-après les autres erreurs qu'ils imputent au premier juge :

1. Le comportement répréhensible de l'appelante était [TRADUCTION] « planifié et délibéré et constituait un complot de longue date de la part de l'entreprise ». Les juges majoritaires ont estimé que la preuve n'était pas concluante à cet égard.
2. L'appelante a ourdi un complot pour s'immiscer dans la relation entre l'intimé et son médecin. Selon les juges majoritaires, cette opinion contredisait la conclusion du juge de première instance voulant que l'appelante ait voulu congédier l'intimé. Si telle avait été son intention, il aurait été inutile d'imposer l'intervention du D<sup>r</sup> Brennan.
3. L'appelante a tiré avantage de son comportement répréhensible, car elle s'est débarrassée d'un [TRADUCTION] « employé à problèmes ». La majorité n'a pu trouver un élément de preuve à l'appui de cette conclusion.
4. L'avocat de l'entreprise a manqué au Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada. Selon les juges majoritaires, ses actes pouvaient tout au plus constituer une violation technique des



misconduct and that it provided no basis for increasing the punitive damages.

((2006), 82 O.R. (3d) 161, at paras. 91, 93, 98, 100 and 101)

[87] In the case of the first finding, it may be that the trial judge exaggerated the extent of Honda's misconduct. However, the evidence supports the trial judge's view that Honda was unfairly skeptical of Mr. Keays' condition and was seeking to justify its skepticism. It should be kept in mind that Honda's intention in seeking to justify its skepticism was clearly: (1) to preclude Mr. Keays from using his condition to justify absences from work and thereby avoiding disciplinary action; and/or (2) to justify the termination of Mr. Keays for any continued absences. In either case, Honda's conduct was to Mr. Keays' detriment.

[88] The second finding, that of interference with the respondent's relationship with his doctor, was also reasonable. As I will explain below with respect to Dr. Brennan's "hardball" approach, the gist of this approach was that Dr. Brennan would be brought in to "second-guess" the opinion of an employee's treating physician. Further, there was a clear conflict between Dr. Brennan's objective — to maximize employee productivity — and the objective of an employee's treating physician — to maximize the individual's well-being. Such a conflict may not always play out. In this case, however, a high potential for conflict arose out of the controversial nature of chronic fatigue syndrome ("CFS") and the difficulty of making a diagnosis.

[89] In my view, it was fair for the trial judge to characterize Honda's conduct as interference with Mr. Keays' relationship with his treating physician. Honda did not accept the diagnosis and the assessments of Mr. Keays' treating physician. Yet, it gave no basis for its skepticism. The characterization of the notes of Mr. Keays' doctor as "cryptic" and as merely "parroting" his complaints is unfair because of the self-reporting nature of his condition. As the

règles de déontologie, mais ils ne justifiaient pas la majoration des dommages-intérêts punitifs.

((2006), 82 O.R. (3d) 161, par. 91, 93, 98, 100 et 101)

[87] Dans le cas de la première conclusion, il se peut que le juge de première instance ait exagéré la gravité du comportement de Honda. Toutefois, la preuve supporte sa conclusion que Honda soupçonnait injustement M. Keays de simuler son invalidité et qu'elle cherchait à justifier ses soupçons. Il faut garder présent à l'esprit qu'en cherchant ainsi à confirmer ses doutes, Honda entendait nécessairement (1) empêcher M. Keays d'invoquer son état de santé pour s'absenter du travail sans s'exposer à des mesures disciplinaires ou (2) justifier le congédiement de M. Keays pour toutes absences répétées, ou les deux. Dans l'un et l'autre cas, le comportement de Honda restait préjudiciable à M. Keays.

[88] La deuxième conclusion, voulant que l'appelante entendait s'immiscer dans la relation entre l'intimé et son médecin, demeure également raisonnable. Comme je l'explique plus loin au sujet de l'attitude « intransigeante » du D<sup>r</sup> Brennan, la démarche de celui-ci visait essentiellement à remettre en question l'opinion du médecin traitant de l'employé. De plus, l'objectif du D<sup>r</sup> Brennan — maximiser la productivité de l'employé —, contredisait celui du médecin traitant — maximiser le bien-être de son patient. Certes, pareil conflit ne survient pas dans tous les cas. Cependant, dans la présente affaire, le risque qu'il se présente s'avérait élevé du fait des débats suscités par le syndrome de la fatigue chronique (« SFC ») et de la difficulté de poser un diagnostic à son sujet.

[89] À mon avis, le juge de première instance pouvait à bon droit qualifier le comportement de Honda d'immixtion dans la relation entre M. Keays et son médecin traitant. Honda mettait en doute le diagnostic et les évaluations du médecin de M. Keays. Pourtant, elle n'a aucunement justifié son scepticisme. Vu la nature subjective des douleurs ressenties par M. Keays, il est injuste de qualifier les billets du médecin de « sibyllins » et d'affirmer que

trial judge pointed out, if Honda was skeptical, the first logical step “was to determine if there had been, at any time, any form of legitimate diagnosis for the claim of CFS” (para. 18).

[90] Further, this finding does not contradict the trial judge’s conclusion that Honda had intended to terminate Mr. Keays. I do not read the trial judge’s reasons as suggesting that Honda intended to terminate Mr. Keays from the outset. Rather, the trial judge refers to Honda’s intent to “deprive him of the accommodation he had already earned” (para. 60). That was the primary objective. According to the trial judge, Honda went about this by means of a course of conduct whose purpose was to discourage absences (through intimidation and through the requirement that he provide a doctor’s note before returning), and which ultimately resulted in termination when Mr. Keays refused to go along. The implication of the facts as found by the trial judge is that Honda wanted to introduce Dr. Brennan into the process in order to legitimize its conduct. Either Mr. Keays would meet with Dr. Brennan, who would justify Honda’s skepticism and avert any further absences, or he would be fired for insubordination (or for continued illegitimate absences) and any need to accommodate him would disappear.

[91] I will now turn to the third finding. If it is accepted that Honda intended to deprive Mr. Keays of any accommodation, then Honda clearly succeeded in this objective by terminating him. It is logical to assume that if Honda intended to deprive him of accommodation, it would in some way benefit from doing so. The facts include concerns about workplace morale and Mr. Keays’ ability to perform the duties of his job in accordance with the requirements of Honda’s “lean” operation policy. To the extent that Mr. Keays impeded efficiency goals, Honda clearly benefited from his termination.

[92] As regards the fourth finding, I agree after reviewing the record that the trial judge mischaracterized the situation, at least according to the other

ce dernier se contentait d’y reprendre les propos de son patient. Comme le juge de première instance l’a fait remarquer, si Honda entretenait des doutes à ce sujet, la première démarche logique [TRADUCTION] « consistait à déterminer si, à quelque moment, le SFC avait été diagnostiqué de manière appropriée » (par. 18).

[90] Par ailleurs, cette conclusion ne contredit pas celle du juge de première instance voulant que Honda désirait congédier M. Keays. Le juge ne laisse pas entendre que Honda a voulu dès le départ mettre fin à l’emploi du salarié. Il renvoie plutôt à la volonté de l’employeur de [TRADUCTION] « priver un employé d’une mesure d’adaptation qu’il avait déjà obtenue » (par. 60). Tel était l’objectif fondamental de l’appelante. La stratégie de Honda à cet égard a consisté, selon le juge, à décourager les absences (par voie d’intimidation et par l’exigence d’un billet du médecin avant le retour au travail), ce qui a finalement mené au congédiement lorsque M. Keays a refusé d’obtempérer. Il s’ensuit donc, selon le juge, que Honda a voulu imposer la participation du D<sup>r</sup> Brennan afin de légitimer ses actes. Ou bien M. Keays rencontrait le D<sup>r</sup> Brennan, qui justifiait les doutes de Honda et prévenait ses absences à l’avenir, ou bien il était congédié pour insubordination (ou pour absences répétées injustifiées), mettant ainsi fin à la nécessité de composer avec sa situation.

[91] Je passe maintenant à la troisième conclusion. À supposer que Honda ait voulu priver M. Keays d’une mesure d’adaptation, elle y est de toute évidence parvenue en le congédiant. Si telle était son intention, elle devait logiquement en tirer quelque avantage. Le dossier fait état d’inquiétudes au sujet du moral des autres employés et de l’aptitude de M. Keays à s’acquitter de ses tâches dans le cadre d’un système de production fondé sur l’utilisation d’un niveau minimum de ressources. Dans la mesure où M. Keays nuisait à la réalisation de l’objectif d’efficacité de l’entreprise, Honda a clairement tiré avantage du congédiement.

[92] Au sujet de la quatrième conclusion, après examen du dossier, je reconnais que le juge de première instance a mal qualifié la situation, du moins

two Honda employees who testified (Susan Selby and Betty Magill). They stated that they had met with Mr. Keays to discuss the proposed meeting with Dr. Brennan. After Mr. Keays left the room, Ms. Selby and Ms. Magill were paged by Honda's in-house counsel, who wanted to meet with them about an unrelated matter. Counsel came to the room they were in, and Mr. Keays re-entered the room after counsel had arrived. Some discussion about Mr. Keays' situation ensued, although it appears to have been minimal.

[93] In summary, it is my view that the Court of Appeal correctly identified three errors made by the trial judge: (1) his association of Honda with the cancellation of Mr. Keays' long-term disability insurance; (2) his conclusion, based on the date the insurance was terminated, that Honda's course of conduct had lasted five years; and (3) his characterization of the incident involving Honda's in-house counsel as a breach of the Rules of Professional Conduct. However, I disagree with the majority's conclusions in respect of the other alleged errors. These "errors" relate to some extent to the error identified by Justice Bastarache regarding the March 28 letter, which I will now discuss.

#### A. *The March 28 Letter*

[94] At paras. 37-42 of his reasons, Justice Bastarache explains his conclusion that the trial judge erred in finding that Honda had deliberately misrepresented the positions of Dr. Affoo and Dr. Brennan in its March 28 letter for the purpose of intimidation. He states, at para. 40, that there was "nothing misleading" about the letter. He concludes, at para. 42, that the "letter simply conveyed to Keays that Honda wanted him to meet with Dr. Brennan because their experts had advised them that his condition did not preclude him from working".

[95] However, there was evidence on which the trial judge could conclude that the letter was misleading. The letter contained the following statement: "Both doctors advised us that they could

selon le témoignage des deux autres employées de Honda qui étaient présentes (M<sup>mes</sup> Susan Selby et Betty Magill). Elles ont déclaré avoir rencontré M. Keays pour discuter de l'éventualité d'une entrevue avec le D<sup>r</sup> Brennan. Après que M. Keays eut quitté la salle de réunion, l'avocat de l'entreprise a communiqué avec elles pour les rencontrer relativement à une toute autre affaire. L'avocat les a rejointes, et M. Keays est retourné dans la salle de réunion alors qu'il s'y trouvait toujours. Quelques propos ont été échangés au sujet du dossier de M. Keays, mais leur importance semble être demeurée très limitée.

[93] Pour résumer, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'imputer trois erreurs au juge de première instance : (1) l'association de Honda à la résiliation de l'assurance invalidité de longue durée de M. Keays; (2) la conclusion, tirée en fonction de la date de la cessation des prestations, que le comportement de Honda avait duré cinq ans; (3) l'assimilation de l'incident survenu avec l'avocat de l'entreprise à un manquement au Code de déontologie du Barreau. Je suis toutefois en désaccord avec les conclusions des juges majoritaires au sujet des autres prétendues erreurs. Dans une certaine mesure, ces « erreurs » se rattachaient à celle que soulève le juge Bastarache à propos de la lettre du 28 mars, que j'étudierai maintenant.

#### A. *La lettre du 28 mars*

[94] Aux paragraphes 37 à 42 de ses motifs, le juge Bastarache exprime l'avis que le juge de première instance a eu tort de conclure que, dans sa lettre du 28 mars, Honda avait délibérément dénaturé les opinions des D<sup>rs</sup> Affoo et Brennan dans un but d'intimidation. Au paragraphe 40, il écrit qu'il n'y avait « rien de trompeu[r] » dans la lettre. Au paragraphe 42, il affirme que « la lettre [. . .] informe tout simplement M. Keays que Honda veut lui faire rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan parce que, selon ses experts, son état de santé ne l'empêche pas de travailler ».

[95] Or, des éléments de la preuve permettaient au juge de conclure au caractère trompeur de la lettre. La lettre affirmait expressément : [TRADUCTION] « L'un et l'autre médecins ont dit ne pas pouvoir

find no diagnosis indicating that you are disabled from working.” The following comment was also made: “. . . we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent”. Yet, as the trial judge pointed out, Dr. Brennan testified that he “never told Honda that Mr. Keays did not have a disability, only that he was unable to ‘verify’ one” (para. 43). The trial judge also mentioned the testimony of Dr. Affoo, who “agreed with the plaintiff’s suggestion that absences of four per month was in the ‘ball-park’ for an individual who suffered [from] CFS” (para. 43). Moreover, it should be noted that although Dr. Affoo testified, on the basis of his experience with other CFS patients, that four CFS-related absences a month would not be unreasonable, he also said that he could not recall precisely what he told Ms. Selby regarding the rate of absence that could be expected from Mr. Keays. Dr. Affoo merely recalled confirming that “he may be off due to his condition” (A.R., at p. 572).

[96] The trial judge concluded that “the clear implication of this communication was that his condition was ‘bogus’ and that he was able to attend work without absences” (para. 43). While it is arguable whether the letter implied that Mr. Keays’ condition was bogus, it clearly did imply that his condition did not require him to miss work. I am unable to find any evidence that either doctor advised Honda that he believed Mr. Keays’ condition was bogus or that Mr. Keays was able to attend work without any CFS-related absences. To the contrary, Dr. Affoo testified that he had informed Honda that some absences were to be expected. It was therefore open to the trial judge to conclude that the letter was a “misrepresentation of the medical information available to Honda at the time” (para. 43).

#### B. *Allegations of a “Set-Up” and a “Hardball” Approach*

[97] At paras. 43-46, Justice Bastarache rejects the trial judge’s finding that Mr. Keays was being “set up” by Honda when it insisted that he meet

établir de diagnostic vous rendant inapte au travail. » Honda y ajoutait : [TRADUCTION] « . . . nous vous avons dit ne plus estimer qu’une déficience justifiait vos absences. » Pourtant, le premier juge signale que le D<sup>r</sup> Brennan a témoigné qu’il [TRADUCTION] « n’avait jamais dit à Honda que M. Keays n’était atteint d’aucune déficience, mais seulement qu’il ne pouvait le confirmer » (par. 43). Il mentionne également le fait que, dans son témoignage, le D<sup>r</sup> Affoo [TRADUCTION] « a convenu avec le demandeur que s’absenter quatre fois par mois se situait dans les limites acceptables pour une personne souffrant du SFC » (par. 43). De plus, même si le D<sup>r</sup> Affoo a témoigné qu’un tel absentéisme n’était pas déraisonnable compte tenu de ce qu’il avait constaté chez d’autres patients atteints du SFC, il importe de souligner qu’il a également affirmé ne pouvoir se rappeler exactement ce qu’il avait dit à M<sup>me</sup> Selby au sujet du taux d’absentéisme prévisible dans le cas de M. Keays. Le D<sup>r</sup> Affoo s’est seulement souvenu avoir confirmé que [TRADUCTION] « son état pouvait l’obliger à s’absenter » (d.a., p. 572).

[96] Le juge de première instance a estimé que l’employeur [TRADUCTION] « insinuait clairement que l’employé simulait l’invalidité et qu’il devait se présenter au travail et cesser de s’absenter » (par. 43). La question de déterminer si la lettre laissait ou non entendre que M. Keays simulait demeure discutable, mais l’employeur y laissait clairement entendre que l’état de M. Keays ne justifiait pas ses absences. Je ne vois aucune preuve que l’un ou l’autre des médecins ait indiqué à Honda qu’il croyait que M. Keays simulait ou qu’il était apte à travailler sans que le SFC ne l’oblige à s’absenter. Au contraire, le D<sup>r</sup> Affoo a témoigné avoir informé Honda qu’elle devait s’attendre à un certain nombre d’absences. Le juge de première instance pouvait donc conclure que la lettre [TRADUCTION] « présentait de manière trompeuse les données médicales dont disposait alors Honda » (par. 43).

#### B. *Allégations de tromperie et d’intransigeance*

[97] Aux paragraphes 43 à 46, le juge Bastarache rejette la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda avait tendu un piège à

with Dr. Brennan, as well as his finding that Dr. Brennan took a “hardball” approach to workplace absences. My colleague’s bases for rejecting these findings are: (1) that Dr. Brennan was merely relying on the criteria for diagnosing CFS developed by the Center for Disease Control (“CDC”); and (2) that Honda cannot be faulted for taking its expert’s advice unless a conspiracy existed (and none did). Justice Bastarache concludes that Honda’s request that Mr. Keays meet with Dr. Brennan was “perfectly normal in the circumstances” (para. 46). After reviewing the record, in my opinion, the trial judge could reasonably conclude that Dr. Brennan took a “hardball” approach and that Mr. Keays was, at least to a certain extent, being “set up” for failure by Honda’s request that he meet with Dr. Brennan.

[98] First, I must point out that Justice Bastarache erroneously associates the trial judge’s reference to Dr. Brennan’s “hardball” attitude with Dr. Brennan’s approach to CFS. In refuting the trial judge’s view that Dr. Brennan took a “hardball” approach, my colleague reviews Dr. Brennan’s opinion on CFS in order to demonstrate that Dr. Brennan was “simply espousing the prevalent approach adopted by the CDC” (para. 45). However, what the trial judge actually stated was that “the record establishes beyond any debate that Dr. Brennan is of the ‘hardball’ approach to workplace absences associated with illnesses or injuries” (para. 45 (emphasis added)). Dr. Brennan’s opinion concerning CFS is a separate issue. Although Justice Bastarache makes reference to Dr. Brennan’s “‘hardball’ approach to workplace absences” (at paras. 44 and 45), his only discussion of that approach relates to Dr. Brennan’s views on CFS.

[99] Several excerpts from Dr. Brennan’s testimony are indicative of a “hardball” approach toward absences, and toward accommodating disabilities generally. In describing his approach to accommodation, Dr. Brennan stated that “the gold standard for accommodating somebody, in fact, is to not to have to accommodate them, meaning that their impairment is not of a nature that would stop

M. Keays lorsqu’elle avait insisté pour qu’il rencontre le D<sup>r</sup> Brennan, ainsi que celle voulant que ce dernier ait eu une attitude intransigeante vis-à-vis de l’absence au travail. Il invoque à l’appui (1) que le D<sup>r</sup> Brennan reprenait seulement les critères établis par le Center for Disease Control (« CDC ») pour diagnostiquer le SFC et (2) qu’on ne pouvait reprocher à Honda de s’être fiée à l’avis de son expert, à moins de complot (ce qui n’était pas le cas). Il conclut ainsi qu’il était « tout à fait normal, dans les circonstances », que Honda demande à M. Keays de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan (par. 46). Après examen du dossier, je pense au contraire que le juge de première instance pouvait raisonnablement conclure que l’attitude du D<sup>r</sup> Brennan paraissait intransigeante et que Honda avait tendu un piège à M. Keays, au moins en partie, lors de la demande de rencontrer le médecin de l’entreprise, car elle savait la démarche vouée à l’échec.

[98] Premièrement, je dois souligner que le juge Bastarache associe à tort la remarque du juge de première instance sur l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan à l’opinion de celui-ci sur le SFC. Pour démontrer que le médecin n’adoptait pas une telle attitude, mon collègue s’appuie sur son opinion sur le SFC, qui, selon lui, reprenait « simplement [. . .] la thèse dominante retenue par le CDC » (par. 45). Or, le juge de première instance affirme en fait que [TRADUCTION] « le dossier établit indiscutablement l’approche intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan vis-à-vis de l’absence au travail pour cause de maladie ou de blessure » (par. 45 (je souligne)). L’opinion du D<sup>r</sup> Brennan sur le SFC constitue un sujet distinct. Le juge Bastarache mentionne l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan à l’égard de l’absentéisme au travail (par. 44 et 45), mais seulement en rapport avec l’opinion du médecin sur le SFC.

[99] Plusieurs passages du témoignage du D<sup>r</sup> Brennan trahissent son intransigeance envers l’absence au travail et l’accommodement aux handicaps en général. Par exemple, il conçoit cet accommodement dans les termes suivants : [TRADUCTION] « en fait, la mesure d’adaptation idéale est celle qu’on n’a pas à prendre parce que la déficience en cause n’est pas de nature à empêcher l’employé d’accomplir ses

them from doing their regular work” (A.R., at p. 618 (emphasis added)). He then went on to describe a process whereby disabled workers are “matched” with duties they can perform despite their impairments. Later in his testimony, Dr. Brennan acknowledged that some people have issues with an “accommodation” that involves being moved to another job they view as less “prestigious” (A.R., at p. 662). He added that this does not affect his recommendation as to the appropriate “accommodation”, stating that: “. . . my opinion is based on [a] medical approach or a functional approach. Prestige isn’t a medical issue.”

[100] These excerpts are troubling. The implication is that Dr. Brennan’s objective is to recommend the “accommodation” that is best for Honda, not the one that is best for the employee. Although he suggests that he is only giving a “medical” opinion, his opinion is focussed on maximizing an employee’s productivity for Honda in light of the employee’s condition. His goal is clearly not to find ways for Honda to make it easier for the disabled employee to do his or her current job. Certainly, disabilities may make it impossible for individuals to continue in their current positions. But if accommodation is truly a cooperative and collaborative process, it requires give and take on both sides. Dr. Brennan’s approach suggests that rather than assisting disabled employees to continue in their current roles, employers can simply place disabled employees in other roles that do not require any true accommodation on the employers’ part. This approach makes the disability the employee’s problem, not a problem shared with the employer. This is of concern from an equality perspective because it limits the employment options available to disabled persons.

[101] Generally, Dr. Brennan appeared to be of the view that only he can truly ascertain whether an employee has an impairment. He showed skepticism toward the opinions of other doctors and indicated that he would insist on meeting with an employee no matter what was in the employee’s medical

tâches habituelles » (d.a., p. 618 (je souligne)). Plus loin, il fait état d’une démarche où le travailleur invalide se voit assigner des fonctions adaptées à son handicap. Dans une autre partie de son témoignage, le D<sup>r</sup> Brennan reconnaît que certaines personnes acceptent difficilement les affectations à de nouvelles fonctions moins « prestigieuses », même dans le but de composer avec les conséquences de leur état (d.a., p. 662). Il affirme que ce constat ne l’influence pas dans sa recommandation de la mesure d’accommodement appropriée. Il ajoute d’ailleurs : [TRADUCTION] « . . . mon avis se fonde sur une approche médicale ou fonctionnelle, et la médecine ne se soucie pas du prestige. »

[100] Ces extraits restent troublants. On y sous-entend que l’objectif du processus d’accommodement consiste à recommander la mesure qui convient le mieux à Honda plutôt qu’à l’employé. Bien que le médecin laisse entendre qu’il se contente de donner un avis « médical », sa recommandation vise à maximiser la productivité de l’employé au bénéfice de Honda, selon l’état de santé de l’intéressé. L’objectif du D<sup>r</sup> Brennan ne semble manifestement pas être celui de découvrir des méthodes grâce auxquelles Honda facilitera l’accomplissement des tâches habituelles de l’employé handicapé. Bien sûr, cet employé peut être devenu incapable d’occuper le même poste. Cependant, pour respecter l’objectif d’une collaboration véritable dans la recherche d’un aménagement, des concessions mutuelles s’imposent. Suivant l’approche du D<sup>r</sup> Brennan, au lieu d’aider l’employé handicapé dans l’exercice de ses fonctions, l’employeur peut accepter de l’affecter à d’autres tâches qui ne requièrent pas un véritable accommodement de sa part. Dans cette optique, la déficience demeure le problème de l’employé, un problème que ne partage nullement l’employeur. Sous l’angle du droit à l’égalité, cette approche reste préoccupante, car elle restreint les possibilités d’emploi des personnes handicapées.

[101] De manière générale, le D<sup>r</sup> Brennan paraît avoir été d’avis que lui seul pouvait véritablement déterminer si l’employé souffrait d’un handicap. Il a mis en doute l’opinion des autres médecins. Il a exigé de rencontrer l’employé sans égard à la teneur du dossier médical, car il devait examiner

records, because he needed to assess the person himself in order to assess the employee's "impairment" and determine the appropriate "accommodation". As a doctor, he was able to give a "medical" opinion both about what an individual was capable of doing and about what would be "best" for the individual from a medical perspective. This could easily lead to a situation in which Dr. Brennan's opinion conflicts with the opinion of the employee's treating physician. His objective is not to provide medical care for the individual employee but, as I mentioned above, to maximize productivity. In my view, the above passages provide ample support for the trial judge's view that Dr. Brennan took a "hardball" approach to absences, and to accommodation generally.

[102] It was argued that regardless of Dr. Brennan's approach, Honda cannot be faulted for taking its expert's advice unless a conspiracy existed. The "advice" referred to is purportedly that Dr. Brennan needed to meet with Mr. Keays face to face in order to accept the diagnosis of CFS. However, the trial judge expressly rejected the argument that it was necessary for Dr. Brennan to meet with Mr. Keays. This was a critical finding in the trial judge's analysis of the wrongful dismissal claim. The trial judge found that, given the numerous references to CFS in Mr. Keays' medical file as well as his lengthy period of CFS-related disability, there was no need for Mr. Keays to meet with Dr. Brennan "to resolve [his] attendance defaults" (para. 18).

[103] Mr. Keays was concerned about meeting with Dr. Brennan because of his previous experience with his insurer. The insurer had required him to meet with its doctor for an assessment, after which his long-term disability insurance was terminated even though his own physician was still of the view that he was not able to return to work. Mr. Keays feared that a similar situation would occur in which Dr. Brennan would not accept that he had to miss work due to his CFS, and that this would have negative implications for his continued employment at Honda. It appears that the trial judge referred to Dr. Brennan's "hardball" approach in order to validate Mr. Keays' concern that Dr. Brennan would

la personne lui-même afin d'évaluer son « handicap » et d'arrêter la bonne mesure d'« adaptation ». Sa qualité de médecin l'autorisait à donner un avis « médical » non seulement sur ce que la personne était en mesure de faire, mais aussi sur ce qui était « préférable » pour elle du point de vue thérapeutique. En conséquence, il se pouvait très bien que son avis diffère de celui du médecin traitant. Son but consistait non pas à prodiguer des soins médicaux à l'employé, mais, je le rappelle, à optimiser la productivité de celui-ci. À mon sens, les passages précités justifiaient amplement le juge de première instance de qualifier d'intransigeante l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan à l'égard de l'absentéisme au travail et des mesures d'accommodement en général.

[102] Par ailleurs, Honda a plaidé que, sans égard à l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan, on ne saurait lui reprocher de s'être fiée à l'avis de son expert, sauf preuve d'un complot. Il faut vraisemblablement entendre par « avis » l'exigence de rencontrer M. Keays en personne pour confirmer le diagnostic du SFC. Or, le juge de première instance a expressément rejeté la prétention selon laquelle cette rencontre s'imposait. Il s'agissait d'une conclusion cruciale de l'analyse relative à l'allégation de congédiement injustifié. Le juge a estimé que, en raison des nombreuses mentions du SFC dans le dossier médical de M. Keays, ainsi que de l'invalidité prolongée imputable à ce syndrome, il n'était pas nécessaire que l'employé voie le médecin [TRADUCTION] « pour remédier [à son] problème d'absentéisme » (par. 18).

[103] M. Keays hésitait à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan à cause de l'expérience qu'il avait vécue auparavant avec l'assureur. Celui-ci avait en effet exigé que son propre médecin l'examine, puis il avait mis fin aux prestations d'assurance invalidité de longue durée même si le médecin traitant de M. Keays était demeuré d'avis que son patient n'était pas en mesure de retourner au travail. M. Keays craignait que le même scénario se reproduise, c'est-à-dire que le D<sup>r</sup> Brennan ne confirme pas que le SFC justifiait ses absences et que cela ne mette en péril son emploi chez Honda. Le juge de première instance semble invoquer l'intransigeance du D<sup>r</sup> Brennan pour valider la crainte de M. Keays que le médecin

not accept his need for CFS-related absences. There was some evidence that Honda knew (and approved) of Dr. Brennan's approach. Ms. Selby testified that Dr. Brennan "had a very good reputation, from what I was told, in terms of dealing with workplace absences and a fresh approach, fresh start" (A.R., at p. 449).

[104] The trial judge's main point appears to be that Honda was relying on Dr. Brennan and his approach to "deal with" Mr. Keays and his absences. In other words, Honda was relying on Dr. Brennan to legitimize its view that the absences were not warranted. In light of the evidence, this conclusion was not unreasonable.

[105] In regard to the issue of whether Mr. Keays was being "set up", Dr. Brennan testified that he was asked by Susan Selby to review Mr. Keays' file and "provide an opinion as to whether there was a proven impairment and whether he should be attending work" (A.R., at p. 624). This suggests that before involving Dr. Brennan in the case, Honda already harboured suspicions about the legitimacy of Mr. Keays' condition. Further, Honda cancelled its accommodation of Mr. Keays' condition at the same time as it urged Mr. Keays to meet with Dr. Brennan (the trial judge referred specifically to this fact at para. 29). It was therefore not unreasonable for the trial judge to conclude that the purpose of the meeting was to confirm Honda's view that the absences were not justified. I will discuss this further below with respect to reprisal.

[106] Finally, although it was suggested that Dr. Brennan was consulted in order to confirm the diagnosis of Mr. Keays' condition, the testimony of Ms. Magill and Ms. Selby is unclear in this regard. At several points, they suggested that Dr. Brennan was consulted in order to obtain his opinion on whether Mr. Keays was able to work on a more regular basis (i.e. without CFS-related absences), not on whether Mr. Keays had a *bona fide* medical

ne reconnaisse pas que le SFC l'obligeait à s'absenter. De plus, selon certains éléments de preuve, Honda connaissait (et approuvait) l'approche du D<sup>r</sup> Brennan. M<sup>me</sup> Selby a témoigné que ce dernier [TRADUCTION] « jouissait d'une excellente réputation, en autant [qu'elle] sache, pour le règlement des dossiers d'absentéisme au travail, ainsi qu'une approche nouvelle, un point de vue nouveau » (d.a., p. 449).

[104] Le juge de première instance paraît avoir surtout reproché à Honda de s'être fiée au D<sup>r</sup> Brennan et à l'approche qu'il privilégiait pour « régler » le cas de M. Keays et de ses absences. En d'autres termes, Honda comptait sur le médecin pour légitimer son opinion que les absences n'étaient pas justifiées. Devant la preuve au procès, cette conclusion n'était pas déraisonnable.

[105] À propos de la question de savoir si Honda cherchait à piéger M. Keays, le D<sup>r</sup> Brennan a témoigné que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de prendre connaissance du dossier et [TRADUCTION] « de donner son avis au sujet de l'existence d'un handicap chez l'employé et de son obligation de se présenter au travail » (d.a., p. 624). Cette démarche laisse penser qu'avant de saisir le D<sup>r</sup> Brennan du dossier, Honda mettait déjà en doute l'existence du handicap de M. Keays. De plus, Honda a mis fin à la mesure d'accommodement consentie à l'employé au moment même où elle l'a exhorté à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan (et le juge de première instance renvoie précisément à ce fait au par. 29 de ses motifs). Il n'était donc pas déraisonnable qu'il conclue que la rencontre visait à confirmer l'opinion de Honda sur le caractère injustifié des absences de M. Keays. J'y reviendrai lorsque j'aborderai la question des représailles.

[106] Enfin, les témoignages de M<sup>mes</sup> Magill et Selby n'établissent pas clairement que Honda aurait consulté le D<sup>r</sup> Brennan pour confirmer le diagnostic de M. Keays comme elle le prétend. À certains moments, ces témoignages laissent entendre qu'il s'agissait de déterminer si l'employé était apte à reprendre le travail de manière plus assidue (c.-à-d. sans s'absenter à cause du SFC), et non s'il souffrait d'une véritable maladie. Toutefois,



condition. Ms. Magill testified that the purposes of having Mr. Keays meet with Dr. Brennan were threefold: first, simply to review Mr. Keays' medical file with him in person and to discuss his condition, his symptoms and their impact on his work; second, to develop a treatment plan that was to be coordinated with Mr. Keays' own physician; and third, to review and assess any restrictions on Mr. Keays' ability to work and to consider alternative roles for him at Honda (A.R., at pp. 402-3). Ms. Magill stated that Dr. Brennan had not reached a conclusion on Mr. Keays' condition, but had simply reached one about his ability to work (A.R., at p. 406).

[107] Ms. Selby denied that one of the purposes of the meeting was to develop a treatment plan for Mr. Keays that Dr. Brennan was to coordinate with Mr. Keays' physician (A.R., at p. 506). However, she did testify that one of the purposes of the proposed meeting, in addition to sharing information, was to see whether "there was something that Dr. Brennan could do to help support [Mr. Keays] in the future" (A.R., at p. 457). Ms. Selby also testified that Mr. Keays "didn't have restrictions to assess" and therefore denied that one of the purposes of the meeting was to assess any restrictions in order to consider an alternative role for Mr. Keays at Honda (A.R., at p. 507).

[108] Ms. Selby testified that she had originally spoken to Dr. Brennan regarding Mr. Keays in order to get his opinion on whether it was "fair to expect Kevin to provide regular attendance" (A.R., at p. 449). However, Dr. Brennan testified that Ms. Selby had asked him to review Mr. Keays' record in order to "provide an opinion as to whether there was a proven impairment and whether he should be attending work" (A.R., at p. 624). Dr. Brennan added that he had proposed to Ms. Selby that he meet with Mr. Keays in order to go over his medical history (A.R., at pp. 667-68). Both Ms. Magill and Ms. Selby stated that Mr. Keays was told that the purpose of the meeting was to review his file and share information (A.R., at pp. 341 and 503).

selon M<sup>me</sup> Magill, la rencontre visait trois objectifs. Premièrement, examiner simplement le dossier médical de M. Keays en sa présence, et discuter de son état, de ses symptômes et de leur incidence sur son travail. Deuxièmement, concevoir un plan de traitement en coordination avec le médecin de M. Keays. Troisièmement, réévaluer toute limitation de l'aptitude au travail et envisager d'autres affectations chez Honda (d.a., p. 402-403). M<sup>me</sup> Magill a affirmé que le D<sup>r</sup> Brennan n'avait pas tiré de conclusion sur l'état de santé de M. Keays, seulement sur son aptitude à travailler (d.a., p. 406).

[107] Par contre, M<sup>me</sup> Selby a nié que l'un des objectifs de la rencontre ait été la mise au point d'un plan de traitement dont D<sup>r</sup> Brennan coordonnerait l'application avec le médecin de M. Keays (d.a., p. 506). Cependant, elle a affirmé que la rencontre proposée visait non seulement à partager de l'information, mais aussi à déterminer [TRADUCTION] « si le D<sup>r</sup> Brennan pouvait faire quelque chose pour aider M. Keays à l'avenir » (d.a., p. 457). Elle a ajouté que M. Keays [TRADUCTION] « ne présentait pas de limitations dont l'évaluation était nécessaire ». Ainsi, elle a nié que l'un des objectifs de la rencontre correspondait à l'évaluation des limitations de l'employé en vue de son affectation à d'autres tâches au sein de l'entreprise (d.a., p. 507).

[108] M<sup>me</sup> Selby a aussi témoigné qu'elle avait d'abord parlé de M. Keays au D<sup>r</sup> Brennan pour obtenir son avis pour déterminer si [TRADUCTION] « nous pouvions raisonnablement nous attendre à ce que Kevin se présente régulièrement au travail » (d.a., p. 449). Le D<sup>r</sup> Brennan a cependant déclaré que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de prendre connaissance du dossier de M. Keays afin de [TRADUCTION] « donner son avis au sujet de l'existence d'un handicap chez l'employé et de son obligation de se présenter au travail » (d.a., p. 624). Il a ajouté avoir proposé à M<sup>me</sup> Selby de rencontrer M. Keays pour connaître ses antécédents médicaux (d.a., p. 667-668). Or, selon M<sup>mes</sup> Magill et Selby, on avait dit à M. Keays que la rencontre visait à réviser le dossier et à partager de l'information (d.a., p. 341 et 503).

[109] I raise the purpose of the meeting as a concern in relation to the set-up issue, because the record shows an apparent lack of candour in what Mr. Keays was told about the purpose of the meeting. The testimony of Ms. Magill, Ms. Selby and Dr. Brennan is somewhat conflicting, so the precise purpose of the meeting remains unclear. Dr. Brennan's testimony suggests that the meeting was held in response to Ms. Selby's request to verify whether there was a "proven impairment" and whether Mr. Keays' absences were justified. Yet, this does not seem to be what Mr. Keays was told. Although Ms. Magill mentioned some other purposes, none of these were communicated to Mr. Keays either. If there was a lack of candour, this might support the trial judge's view that Mr. Keays was being "set up."

### C. *Reprisal*

[110] At para. 47, Justice Bastarache rejects the trial judge's finding that Honda had cancelled Mr. Keays' accommodation as a reprisal for his having retained legal counsel. Justice Bastarache suggests that "Honda was simply seeking to confirm Keays' disability". He also notes that Mr. Keays' superiors had met to address the deficiencies in his doctors' notes "well before Keays' lawyer sent his letter".

[111] In my view, the timing of the cancellation and of the insistence that Mr. Keays meet with Dr. Brennan is suspect. The letter from Mr. Keays' counsel was dated March 16. In it, counsel requested that Mr. Keays be exempted from providing a doctor's note for each absence before returning to work. This was a request for a more appropriate accommodation of Mr. Keays' disability. Honda's response to Mr. Keays' request that he be exempted from providing doctors' notes was to preclude him from claiming *any* disability-related absences. It was at a meeting on March 21 that Honda told Mr. Keays that it would no longer accept that he had a disability requiring him to be absent and that he

[109] La question de l'objectif de la rencontre me paraît importante pour évaluer l'allégation selon laquelle l'entreprise cherchait à piéger M. Keays. En effet, l'examen du dossier révèle à tout le moins un certain manque de franchise dans l'information communiquée à M. Keays au sujet de ce projet de rencontre. Les témoignages de M<sup>me</sup> Magill, de M<sup>me</sup> Selby et du D<sup>r</sup> Brennan se contredisent en partie. En conséquence, l'objet précis de la rencontre demeure nébuleux. Le médecin a laissé entendre que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de déterminer si l'employé [TRADUCTION] « était vraiment atteint d'une déficience » et si ses absences étaient justifiées. Or, ce n'est apparemment pas ce qu'on a dit à M. Keays. M<sup>me</sup> Magill a fait état d'autres objectifs, qui n'ont pas non plus été communiqués à M. Keays. Si la franchise a fait défaut, le juge de première instance peut avoir été justifié de conclure qu'on avait voulu piéger M. Keays.

### C. *Représailles*

[110] Au paragraphe 47, le juge Bastarache écarte la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda avait mis fin à la mesure d'adaptation en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d'un avocat. Il écrit que « [l]a décision de Honda [. . .] visait [. . .] à obtenir simplement la confirmation de l'invalidité ». Il ajoute que les supérieures de M. Keays s'étaient rencontrées pour discuter des lacunes des billets de son médecin « bien avant que l'avocat de M. Keays n'envoie sa lettre ».

[111] Je trouve suspecte l'interruption par Honda de la mesure d'accommodement appliquée à M. Keays au même moment où elle a insisté pour que l'employé rencontre le D<sup>r</sup> Brennan. La lettre de l'avocat de M. Keays était datée du 16 mars. Elle visait à soustraire l'employé à l'obligation de présenter un billet de son médecin chaque fois qu'il revenait au travail après une absence. Il s'agissait donc d'obtenir une mesure plus adaptée à la situation de M. Keays. En guise de réponse, Honda n'a plus reconnu qu'une déficience justifiait *quelque* absence de sa part. D'ailleurs, à la réunion du 21 mars, Honda a informé M. Keays qu'elle ne reconnaissait plus qu'une déficience l'obligeait à

would have to meet with Dr. Brennan in order to “manage” his condition.

[112] I disagree that it was a palpable and over-riding error for the trial judge to conclude that the cancellation was, at least in part, a reprisal for Mr. Keays’ attempt to assert his right to proper accommodation under the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. Instead of considering Mr. Keays’ position, Honda denied any need for his continued absences. I do not see how this could be seen as an attempt by Honda “to confirm Keays’ disability”. Honda stated expressly in the March 28 letter that it no longer accepted that he had a disability requiring absences. Further, even if Honda was suspicious of Mr. Keays’ condition, the fact that such concerns had been raised prior to the March 21 meeting does not, in my view, explain or justify the unilateral cancellation, on such short notice, of the minimal accommodation that had been provided.

#### D. *Keays’ Worsened Condition*

[113] Justice Bastarache also rejects the trial judge’s consideration of Mr. Keays’ worsened condition because he rejects the conclusion that Honda acted in bad faith. As I explained above, I question the reasoning that leads him to reject the trial judge’s findings of fact. In my view, the impugned findings of fact were supported by the evidence. Given my view that Honda did act in bad faith, Mr. Keays’ worsened condition following his termination is relevant to the assessment of *Wallace* damages.

## II. Reconsidering the Issue of *Wallace* Damages

[114] In his reasons, Justice Bastarache clarifies the proper approach to assessing *Wallace* damages in a wrongful dismissal action. As I mentioned

s’absenter et qu’elle exigeait qu’il prenne rendez-vous avec le D<sup>r</sup> Brennan pour le « suivi » de son état de santé.

[112] Je ne crois pas que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’il a conclu que l’annulation de la mesure d’adaptation faisait suite, du moins en partie, à la démarche entreprise par M. Keays pour faire valoir son droit à une mesure d’accommodement appropriée suivant le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19. Au lieu de considérer le point de vue de M. Keays, Honda a nié la justification de ses absences répétées. On ne saurait voir dans ce geste une démarche visant à confirmer l’existence du handicap de l’employé. Dans sa lettre du 28 mars, Honda affirme expressément ne plus reconnaître qu’une déficience justifie l’employé de s’absenter. De plus, même si elle mettait en doute la présence du handicap dont se disait atteint M. Keays, le fait que ces préoccupations avaient été soulevées avant la rencontre du 21 mars ne saurait, selon moi, ni expliquer ni justifier l’annulation unilatérale et subite de la mesure d’accommodement minimale.

#### D. *Détérioration de l’état de santé de M. Keays*

[113] Parce qu’il estime que Honda n’a pas agi de mauvaise foi, le juge Bastarache reproche aussi au juge de première instance d’avoir tenu compte de la détérioration de l’état de santé de M. Keays. Comme je l’explique précédemment, je n’accepte pas le raisonnement que tient mon collègue pour écarter les conclusions de fait tirées en première instance. J’estime que celles-ci prennent appui sur la preuve. Puisque, selon moi, Honda a agi de mauvaise foi, la détérioration de l’état de santé de M. Keays après son congédiement demeure pertinente pour la détermination du montant des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*.

## II. Révision des critères d’attribution de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*

[114] Dans ses motifs, le juge Bastarache clarifie la méthode appropriée pour déterminer dans quels cas il y aura lieu de faire droit à une demande

above, his review is a necessary and welcome restatement of the law on damages for wrongful dismissal. Justice Bastarache explains that *Wallace* damages will be available where “the manner of dismissal caused mental distress that was in the contemplation of the parties” (para. 59). But because this Court held in *Wallace* that employers have an “obligation of good faith and fair dealing” when dismissing employees “and created the expectation that, in the course of dismissal, employers would be ‘candid, reasonable, honest and forthright with their employees’” (para. 58), an employer’s failure to properly discharge that obligation makes it foreseeable that a dismissal might cause mental distress. A failure to show good faith may therefore justify an award of compensatory damages. The instant case is a case in point.

[115] There is ample evidence to support the trial judge’s conclusion that Honda acted in bad faith. Several aspects of Honda’s conduct are particularly persuasive in this regard. Most notable is the misleading nature of the March 28 letter, which indicated that, according to Dr. Affoo and Dr. Brennan, Mr. Keays did not have a disability requiring him to be absent from work. The clear implication was that Mr. Keays’ recent absences were unrelated to his disability or, at the very least, that they were medically unnecessary. A further implication, one that was expressly spelled out later in the letter, was that any CFS-related absences from work by Mr. Keays in excess of the normal allowances would result in disciplinary action. In other words, he was no longer eligible to participate in the disability program. The justification given for this decision was the opinion of Honda’s medical experts, yet neither doctor had recommended that Mr. Keays be removed from the disability program, nor had they claimed that any CFS-related absences were unjustified.

[116] A further concern is the apparent lack of candour on Honda’s part in regard to the purpose of the proposed meeting between Mr. Keays and Dr. Brennan. Neither Ms. Magill nor Ms. Selby

de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*. Je le répète, ce réexamen du droit applicable en la matière est à la fois nécessaire et bienvenu. Mon collègue expose que des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* sont accordés lorsque « les circonstances du congédiement [. . .] ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé » (par. 59). Cependant, dans l’arrêt *Wallace*, notre Cour a reconnu que les employeurs avaient une « obligation de bonne foi et de traitement équitable » lors d’un congédiement et « qu’ils devraient, dans le cadre d’une telle mesure, être “francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés” » (par. 58), de sorte que l’omission de l’employeur de s’acquitter convenablement de cette obligation peut causer un préjudice moral prévisible. Un manquement à l’obligation de bonne foi peut donc justifier l’octroi de dommages-intérêts compensatoires. C’est le cas en l’espèce.

[115] La conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda a agi de mauvaise foi s’appuie amplement sur la preuve. Certains aspects du comportement de l’employeur sont particulièrement convaincants à cet égard. Je mentionne au premier chef le caractère trompeur de la lettre du 28 mars, qui laisse entendre que, de l’avis des D<sup>rs</sup> Affoo et Brennan, M. Keays ne souffre pas d’un handicap qui l’oblige à s’absenter du travail. Cette affirmation sous-entend nécessairement que les absences récentes de l’employé n’étaient pas liées à sa déficience ou, du moins, qu’elles ne se justifiaient pas du point de vue médical. D’où la mention, plus loin dans la lettre, que toute absence de M. Keays liée au SFC au-delà de ce qui est normalement autorisé donnera lieu à une mesure disciplinaire. Autrement dit, il n’était plus admis à bénéficier du programme de gestion de l’invalidité. La justification de cette décision résiderait dans l’avis des experts médicaux de Honda, alors qu’aucun des médecins n’avait recommandé d’exclure M. Keays du programme en question, ni estimé que ses absences liées au SFC étaient injustifiées.

[116] Le manque de franchise apparent de Honda à propos de l’objet de la rencontre proposée entre M. Keays et le D<sup>r</sup> Brennan constitue un autre sujet de préoccupation. Ni M<sup>me</sup> Magill ni M<sup>me</sup> Selby

provided any justification for their refusal to explain the purpose of the meeting to Mr. Keays other than to say that the purpose had already been explained to him in person. Yet, as I mentioned above, there was conflicting testimony about the purpose of this meeting. Given the confusion among Honda's own employees, it is understandable that Mr. Keays was still unclear about the purpose and that he sought further clarification. In addition, the failure to provide clarification in writing is somewhat suspicious. Further, given that Mr. Keays was willing to meet with Dr. Brennan if clarification was provided and that Mr. Keays' refusal to meet with Dr. Brennan without such clarification resulted in his dismissal, the refusal to provide it seems unduly harsh.

[117] The nature of the events leading up to Mr. Keays' termination makes it reasonable to conclude that the conduct of Honda surrounding his termination, and not the fact of termination alone, led to his worsened state. Accordingly, an award of damages can be justified in this case on the basis of Honda's conduct and of the harm Mr. Keays suffered as a result. Although, as Justice Bastarache explains, *Wallace* damages are intended to be compensatory, given the lack of evidence on the precise loss Mr. Keays suffered as a result of Honda's conduct, I would uphold the compensation the trial judge granted over and above the 15-month notice period. The quantum of the damages appears reasonable and would give Mr. Keays adequate compensation.

### III. *Bhadauria* and Tort Law

[118] I agree that it is not necessary to reconsider *Bhadauria* in the present appeal. But in my opinion Laskin C.J. went further than was strictly necessary in *Bhadauria*. The main thrust of the decision was that Ms. Bhadauria did not have a legally protected interest at common law that had been harmed by the defendant's allegedly discriminatory conduct (pp. 191-92). However, rather than stop there, Laskin C.J. went on to hold that the Ontario *Human Rights Code* "foreclose[s] any

n'ont justifié leur refus d'expliquer à M. Keays le but de la rencontre, sauf en affirmant qu'elles l'avaient déjà fait de vive voix. Pourtant, je le souligne, les témoignages se contredisaient à ce sujet. Le caractère confus de l'information communiquée par les employés de Honda explique la perplexité de M. Keays et sa demande d'éclaircissements. En outre, l'omission de fournir des précisions par écrit reste quelque peu suspecte. Aussi, dans la mesure où M. Keays était d'accord pour rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan si des éclaircissements lui étaient donnés et où son refus de rencontrer le médecin a entraîné son congédiement, l'omission de fournir des éclaircissements paraît indûment rigide.

[117] La nature des événements ayant mené au renvoi rendait raisonnable la conclusion que le comportement de Honda lié à la mesure, et non seulement la mesure elle-même, a aggravé l'état de santé de M. Keays. Par conséquent, l'octroi de dommages-intérêts se justifie en l'espèce par le comportement de Honda et le préjudice qu'il a causé à M. Keays. Même si, comme l'explique le juge Bastarache, les dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* se veulent compensatoires, en raison de l'imprécision de la preuve du préjudice causé à M. Keays par le comportement de Honda, je suis de l'avis de confirmer l'indemnisation accordée par le juge de première instance en sus du droit à un préavis de 15 mois. Le montant de l'indemnité me paraît raisonnable et compenserait adéquatement le préjudice subi par M. Keays.

### III. L'arrêt *Bhadauria* et le droit de la responsabilité délictuelle

[118] Je conviens qu'il n'est pas indispensable en l'espèce de revenir sur l'arrêt *Bhadauria*. Toutefois, à mon avis, dans cet arrêt, l'opinion du juge en chef Laskin a dépassé le cadre de ce qui était nécessaire pour régler le dossier. Dans cet arrêt, la Cour a statué essentiellement que la common law ne garantissait pas à M<sup>me</sup> Bhadauria un droit auquel le comportement du défendeur, qu'elle disait être discriminatoire, avait porté atteinte (p. 191-192). Or, plutôt que de s'en tenir à ce constat, le juge en

civil action based directly upon a breach thereof [and] also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code” (p. 195). These conclusions imply (and have been interpreted to mean) that any allegations resembling the type of conduct that is prohibited by the Code cannot be litigated at common law. The Code covers a broad range of conduct in promoting the goal of equality. Yet the conduct at issue in *Bhadauria* was limited to the facts of that case. It would have been sufficient to simply conclude that the interest advanced by Ms. Bhadauria was not protected at common law. It was not necessary for this Court to preclude all common law actions based on all forms of discriminatory conduct.

[119] The development of tort law ought not to be frozen forever on the basis of this *obiter dictum*. The legal landscape has changed. The strong prohibitions of human rights codes and of the *Charter* have informed many aspects of the development of the common law.

[120] On the facts of this appeal, discrimination was a troubling aspect of the decision to terminate Mr. Keays. The presence of this discrimination aspect taints the process and has an impact on the issue of whether the employment relationship was terminated in good faith. Justice Bastarache notes that Mr. Keays suffered no detriment in being treated differently from employees with “mainstream” illnesses, because the differential treatment was intended to accommodate him and he is thus implicitly compared with that category of employees (para. 67). However, Justice Bastarache does not inquire into whether this method of accommodation was appropriate and whether it addressed the difference of the employee, namely his particular disability.

[121] The National ME/FM Action Network, an intervener in this appeal, explained why the accommodation provided by Honda was not appropriate:

chef Laskin poursuit son raisonnement et ajoute que le *Code des droits de la personne* de l’Ontario « empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions [et] exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et est fondée sur l’invocation de la politique générale énoncée dans le Code » (p. 195). Ces conclusions impliquent (et leur interprétation le confirme) qu’aucun comportement apparenté au type de comportement interdit par le Code ne saurait fonder d’une instance en common law. Dans sa promotion de l’égalité, le Code s’attaque à un large éventail de comportements. Toutefois, le comportement considéré dans *Bhadauria* était particulier à cette affaire. Il aurait simplement suffi de conclure que le droit invoqué par M<sup>me</sup> Bhadauria n’était pas garanti par la common law. Il était inutile que la Cour écarte toute action civile fondée sur un comportement discriminatoire.

[119] Cette remarque incidente ne doit pas faire indéfiniment obstacle à l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle. Le paysage juridique a changé. Les strictes prescriptions des codes des droits de la personne et de la *Charte* ont orienté l’évolution de la common law sous de nombreux rapports.

[120] Dans la présente affaire, la décision de congédier M. Keays comporte un aspect discriminatoire préoccupant qui entache le processus de congédiement et permet de douter que le lien d’emploi ait été rompu de bonne foi. Le juge Bastarache souligne que la différence de traitement par rapport aux employés affligés de maladies courantes n’a pas porté préjudice à M. Keays, car elle constituait une mesure d’adaptation et M. Keays était donc implicitement comparé à cette catégorie d’employés (par. 67). Mon collègue ne se demande pas si cette mesure d’accommodement était appropriée et si elle s’adaptait à la situation de l’employé, c’est-à-dire son invalidité particulière.

[121] L’intervenant National ME/FM Action Network a expliqué en quoi la mesure d’accommodement offerte par Honda n’était pas appropriée :

ME/CFS is as yet poorly understood. Those who suffer from it may have highly variable symptoms. There is no laboratory test that can be used to confirm a diagnosis. In this context, attributing undue significance to matters such as doctors' notes which are based upon the patient's own reporting of symptoms, the treating doctor's lack of precision in forecasting absences, and the inability of doctors employed or retained by an employer to "verify" a diagnosis of CFS or to accept CFS as justifying absences, will likely be inimical to the accommodation required under human rights codes. [Factum, at para. 14]

Although I agree with Justice Bastarache that employers are justified in monitoring the absences of employees, particularly those who are regularly absent from work (at para. 71), he did not consider whether Honda's method of monitoring absences was appropriate (i.e. non-discriminatory). Honda's assertion that its disability program and its treatment of Mr. Keays under that program were non-discriminatory cannot simply be taken at face value.

[122] Mr. Keays had requested to be exempted from the requirement to provide a doctor's note for each CFS-related absence. Honda refused to consider this request, despite the assertion by Mr. Keays' attorney that Mr. Keays was concerned that the note requirement created a barrier to his speedy return to work. Regardless of whether or not the notes created a barrier, it is clear that Honda was skeptical of Mr. Keays' condition because of the "cryptic" nature of his doctors' notes and because his absences had become more frequent than originally predicted. Yet if variable self-reporting conditions are characteristic of Mr. Keays' disability, it is arguable that Honda acted in a discriminatory manner in subjecting him to the kind of scrutiny he underwent and, in fact, denying him accommodation for his disability.

[123] While monitoring employee absences certainly remains a valid objective, this can be done in a variety of ways. Requiring a doctor's note for each absence is only one alternative. Others include

[TRADUCTION] Le SFC [syndrome de la fatigue chronique] est encore mal compris. Les symptômes de ceux qui en souffrent sont extrêmement variables. Aucun examen de laboratoire ne permet de confirmer un diagnostic. Dans ce contexte, accorder une importance démesurée, par exemple, au fait que les billets du médecin reprennent les symptômes énumérés par le patient, au manque de précision du médecin traitant dans la prévision des absences et à l'incapacité des médecins employés ou mandatés par l'employeur de « confirmer » un diagnostic de SFC ou de reconnaître qu'un SFC justifie des absences a peu de chance de déboucher sur la mesure d'adaptation exigée par les codes des droits de la personne. [mémoire, par. 14]

Le juge Bastarache a raison d'affirmer qu'un employeur peut légitimement contrôler les absences d'un employé, surtout lorsque celles-ci se répètent (par. 71), mais il n'examine pas si, en l'espèce, les modalités du contrôle restaient appropriées (c.-à-d. non discriminatoires). On ne saurait simplement ajouter foi à l'affirmation de Honda selon laquelle son programme de gestion de l'invalidité et les mesures qu'elle a prises à l'égard de M. Keays dans le cadre de ce programme n'étaient pas discriminatoires.

[122] M. Keays avait présenté une demande d'exemption de l'obligation de présenter un billet du médecin chaque fois qu'il s'absentait à cause du SFC. Honda a refusé de la considérer. L'avocat de M. Keays l'avait pourtant informée que son client craignait que cette obligation l'empêche de rentrer rapidement au travail. Que l'exigence d'un billet constitue ou non un obstacle, il est clair que Honda entretenait des doutes sur l'état de santé de M. Keays à cause du caractère « sibyllin » des billets de ses médecins et parce qu'il s'était absenté plus souvent que ce qui avait été initialement prévu. Or, s'il est de la nature même du SFC que ses manifestations varient et que ce soit le patient qui en dresse la liste, il est possible de soutenir que Honda a agi de façon discriminatoire en soumettant M. Keays à un tel contrôle et en refusant, dans les faits, de composer avec son handicap.

[123] Certes, le contrôle de l'absentéisme des employés demeure un objectif légitime. Toutefois, les modalités de ce contrôle sont multiples, et l'exigence d'un billet du médecin pour chaque absence

seeking semi-regular updates from an employee's physician regarding the nature of the condition and the course of treatment, checking in with the employee directly, or requiring doctors' notes only when the number of absences exceeds the expected number within a given time frame. Not all monitoring methods may be considered non-discriminatory in every context. As stated by the Ontario Network of Injured Workers' Groups, another intervener in this appeal, "[i]ndividualized accommodation is at the heart of the duty to accommodate and is instrumental in creating a discrimination free workplace" (Factum, at para. 17). In my view, the employer must, in monitoring absences, remain mindful of all the circumstances, which include the nature of the employee's condition. It should not be assumed that all monitoring methods are acceptable and non-discriminatory.

[124] For these reasons, I would allow the appeal in part by setting aside the award of punitive damages and the costs premium. The cross-appeal should be dismissed. Given the outcome and the circumstances of the case, I would award costs to the respondent.

*Appeal allowed in part, LEBEL and FISH JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lerner, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Scher & De Angelis, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.*

ne représente que l'une d'elles. L'employeur peut par exemple demander qu'à certains intervalles, le médecin traitant fasse le point sur l'état de santé de l'employé et sur son traitement. Il peut aussi s'informer directement auprès de l'employé ou encore n'exiger un billet du médecin que lorsque les absences dépassent les prévisions. Le caractère discriminatoire ou non discriminatoire du mode de contrôle retenu dépend du contexte. Pour reprendre les propos de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups, [TRADUCTION] « [l']individualisation de la mesure est fondamentale à l'obligation d'adaptation et elle contribue à l'instauration d'un milieu de travail exempt de discrimination » (mémoire, par. 17). Selon moi, la manière dont l'employeur contrôle les absences doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris la nature du problème de santé de l'employé. Toutes les modalités de contrôle ne sont pas nécessairement acceptables et non discriminatoires.

[124] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'annuler les dommages-intérêts punitifs et la prime. Le pourvoi incident devrait être rejeté. Compte tenu de l'issue du pourvoi et des circonstances de l'affaire, j'accorderais les dépens à l'intimé.

*Pourvoi accueilli en partie, les juges LEBEL et FISH sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lerner, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Scher & De Angelis, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba : Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.*



*Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Human Resources Professionals Association of Ontario: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the National ME/FM Action Network: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Network of Injured Workers' Groups: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada : Baker & McKenzie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario : Miller Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant National ME/FM Action Network : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers' Groups : ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

**WIC Radio Ltd. and Rafe Mair** *Appellants*

v.

**Kari Simpson** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/The Association of Electronic Journalists, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition")** *Interveners*

**INDEXED AS: WIC RADIO LTD. v. SIMPSON**

**Neutral citation: 2008 SCC 40.**

File No.: 31608.

2007: December 4; 2008: June 27.

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

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

*Torts — Defamation — Defence of fair comment — Elements of defence — Role of honest belief in test for defence — Radio talk show host defaming social activist opposed to positive portrayals of gay lifestyle — Talk show host making comparisons to Hitler, Ku Klux Klan and skinheads — Comparisons implying activist would condone violence toward gay people — Whether fair comment defence available.*

M is a well-known and sometimes controversial radio talk show host. The target of one of his editorials was

**WIC Radio Ltd. et Rafe Mair** *Appellants*

c.

**Kari Simpson** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias »)** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : WIC RADIO LTD. c. SIMPSON**

**Référence neutre : 2008 CSC 40.**

N° du greffe : 31608.

2007 : 4 décembre; 2008 : 27 juin.

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

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

*Responsabilité délictuelle — Diffamation — Défense de commentaire loyal — Éléments de défense — Rôle de la croyance honnête dans le critère d'application du moyen de défense — Animateur d'une émission de radio diffamant une activiste sociale qui s'élevait contre les présentations positives de l'homosexualité — Animateur d'une émission-débat faisant des comparaisons à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads — Comparaisons laissant entendre que l'activiste tolérerait la violence contre les homosexuels — Peut-on invoquer la défense de commentaire loyal?*

M est un animateur d'une émission de radio bien connu et parfois controversé. L'un de ses éditoriaux

S, a widely known social activist opposed to any positive portrayal of a gay lifestyle. M and S took opposing sides in the debate about whether the purpose of introducing materials dealing with homosexuality into public schools was to teach tolerance of homosexuality or to promote a homosexual lifestyle. In his editorial, M compared S in her public persona to Hitler, the Ku Klux Klan and skinheads. S brought an action against M and WIC Radio, claiming that certain words in the broadcast were defamatory. At trial, M testified that no imputations of condoning violence were intended by him nor in fact made. Rather, M had intended to convey simply that S was an intolerant bigot. The trial judge dismissed the action on the basis that, while statements complained of in the editorial were defamatory, the defence of fair comment applied and provided a complete defence. The Court of Appeal reversed the trial judgment, finding that the defence of fair comment was not available because there was no evidentiary foundation for the imputation that S would condone violence against gay people, nor had M testified that he had an honest belief S would condone violence.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: The trial judgment dismissing the action should be restored. M's expression of opinion, however exaggerated, was protected by the law. M's editorial was defamatory, but the trial judge was correct to allow the defence of fair comment. [4] [56] [64-65]

Although this is a private law case that is not governed directly by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the evolution of the common law is to be informed and guided by *Charter* values. The law of fair comment must therefore be developed in a manner consistent not only with the values underlying freedom of expression, including freedom of the media, but also with those underlying the worth and dignity of each individual, including reputation. A court's task is not to prefer one set of values over the other, but rather to attempt a reconciliation. [2]

The traditional elements of the tort of defamation may require modification to provide broader accommodation to the value of freedom of expression. There is concern that matters of public interest go unreported because publishers fear the ballooning cost and disruption of defending a defamation action. Investigative

avait pour cible S, activiste sociale très connue qui s'élevait contre toute présentation positive de l'homosexualité. M et S professaient des opinions opposées sur la question de savoir si l'utilisation dans les écoles publiques de documents traitant de l'homosexualité visait à prêcher la tolérance à l'égard de l'homosexualité ou à promouvoir des comportements homosexuels. Dans son éditorial, M comparait S, dans son personnage public, à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads. S a intenté une action contre M et WIC Radio, au motif que des passages de l'émission étaient diffamatoires. Au procès, M a témoigné qu'aucune imputation de violence n'avait été voulue ou faite. Il voulait plutôt simplement dire que S était une fanatique intolérante. La juge de première instance a rejeté l'action, statuant que la défense de commentaire loyal s'appliquait et exonérait totalement le défendeur, en dépit du caractère diffamatoire des propos en cause. La Cour d'appel a infirmé cette décision, estimant qu'il n'était pas possible d'invoquer la défense de commentaire loyal parce qu'aucun élément de preuve n'était l'imputation que S tolérerait la violence contre les homosexuels et parce que M n'avait pas témoigné qu'il croyait honnêtement qu'elle tolérerait la violence.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : La décision de première instance de rejeter l'action doit être rétablie. L'opinion que M exprime, pour exagérée qu'elle soit, est protégée par la loi. Son éditorial est diffamatoire, mais la juge de première instance a eu raison d'accepter la défense de commentaire loyal. [4] [56] [64-65]

Bien que la présente espèce ne soit pas directement régie par la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle relève du droit privé, les valeurs exprimées dans la *Charte* doivent présider à l'évolution de la common law. Par conséquent, la défense de commentaire loyal doit se développer en harmonie non seulement avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, y compris la liberté des médias, mais aussi avec celles qui sous-tendent la valeur et la dignité de l'individu, y compris sa réputation. La fonction du tribunal n'est pas de privilégier un ensemble de valeurs par rapport à l'autre, mais de tenter de concilier les deux. [2]

Il faudrait peut-être modifier les éléments constitutifs traditionnels du délit de diffamation pour faire plus de place à la liberté d'expression. On redoute en effet que, par crainte des coûts de plus en plus élevés et des problèmes engendrés par les poursuites en diffamation, les diffuseurs passent sous silence des questions d'intérêt

reports get “spiked”, it is contended, because, while true, they are based on facts that are difficult to establish according to rules of evidence. When controversies erupt, statements of claim often follow as night follows day, not only in serious claims (as here) but in actions launched simply for the purpose of intimidation. “Chilling” false and defamatory speech is not a bad thing in itself, but chilling debate on matters of legitimate public interest raises issues of inappropriate censorship and self-censorship. Public controversy can be a rough trade, and the law needs to accommodate its requirements. [15]

It is therefore appropriate to modify the “honest belief” element of the fair comment defence so that the test, as modified, consists of the following elements: (a) the comment must be on a matter of public interest; (b) the comment must be based on fact; (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognizable as comment; (d) the comment must satisfy the following objective test: could any person honestly express that opinion on the proved facts? Even though the comment satisfies the objective test of honest belief, the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was subjectively actuated by express malice. The defendant must prove the four elements of the defence before the onus switches back to the plaintiff to establish malice. [28] [52]

In this case, the public debate about the inclusion in schools of educational material on homosexuality clearly engages the public interest, and the facts giving rise to the dispute between M and S were well known to M’s listening audience, and referred to in part in the editorial itself. The third element of the defence is also satisfied since the sting of the libel was a comment and it would have been understood as such by M’s listeners. M was a radio personality with opinions on everything, not a reporter of the facts. Moreover, S did not challenge the view that M’s imputation, that she would condone violence towards gay people, was a comment not an imputation of fact. With respect to the fourth element, the objective “honest belief” test represents a balance between free expression on matters of public interest and the appropriate protection of reputation against damage that exceeds what is required to fulfill free expression requirements. Here, there was a sufficient nexus between S’s public declarations on homosexuality and the defamatory imputation to meet this element. S’s use of violent images could support an honest belief on the part of at least some of her listeners that she would condone violence towards gay people

public. On prétend que des reportages d’enquête sont mis à l’écart, en dépit de leur véracité, parce qu’ils sont fondés sur des faits difficiles à établir en fonction des règles de preuve. Inévitablement, lorsqu’il y a controverse, il y a souvent poursuite, non seulement pour des motifs sérieux (comme en l’espèce), mais simplement à des fins d’intimidation. Bien sûr, il n’est pas intrinsèquement mauvais que les propos faux et diffamatoires soient « réprimés », mais lorsque le débat sur des questions d’intérêt public légitimes est réprimé, on peut se demander s’il n’y a pas censure ou autocensure indues. La controverse publique a parfois de rudes exigences, et le droit doit respecter ses exigences. [15]

Il y a donc lieu de modifier l’élément « croyance honnête » de la défense de commentaire loyal de manière à ce que le critère modifié comprenne les éléments suivants : a) le commentaire doit porter sur une question d’intérêt public; b) le commentaire doit être fondé sur des faits; c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire; d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? Même si le commentaire répond au critère objectif de la croyance honnête, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était subjectivement animé par la malveillance. Le défendeur doit prouver les quatre éléments de la défense avant que la charge de la preuve ne soit inversée pour peser sur le demandeur, à qui il incombe alors de prouver la malveillance. [28] [52]

En l’espèce, le débat public sur l’utilisation de matériel scolaire traitant de l’homosexualité relève clairement de l’intérêt public et les faits à l’origine du litige opposant M et S étaient bien connus des auditeurs de M et ils étaient mentionnés partiellement dans l’éditorial lui-même. Il est également satisfait au troisième élément de la défense puisque l’affront du libelle était un commentaire et que les auditeurs de M l’auraient perçu comme tel. M était un animateur de radio qui formulait des opinions sur tout, non un journaliste ayant pour mission de relater les faits. De plus, S ne conteste pas l’opinion que l’imputation de M selon laquelle elle tolérerait la violence contre les homosexuels relève du commentaire et n’est pas une imputation de fait. En ce qui concerne le quatrième élément, le critère objectif de la « croyance honnête » concilie la liberté d’expression sur des questions d’intérêt public et une protection adéquate de la réputation contre le préjudice qui lui est causé en sus de ce qui est nécessaire au respect de la liberté d’expression. En l’espèce, le lien qui existe entre les déclarations publiques de S sur l’homosexualité et l’imputation diffamatoire est suffisant pour satisfaire à cet élément. Les images violentes auxquelles S avait

even though M denied that he intended to impute any such meaning. The trial judge did not explicitly apply the “objective honest belief” test to the imputation that S “would condone violence”. However, having regard to the trial judge’s reasons as a whole, and considering both the content of some of S’s speeches already mentioned, and the broad latitude allowed by the defence of fair comment, the defamatory imputation that while S would not engage in violence herself she “would condone violence” by others, is an opinion that could honestly have been expressed on the proved facts by a person prejudiced, exaggerated or obstinate in his views. That is all that the law requires. M’s commentary was not actuated by malice in the sense of improper motive and S did not appeal against the trial judge’s conclusion that M’s fair comment defence was not vitiated by malice. [27] [34] [49] [57] [60] [62-63]

*Per LeBel J.*: Since the issue was not raised before this Court, the trial judge’s finding that the editorial was defamatory should not be interfered with. However, although the threshold for establishing *prima facie* defamation is low, courts should not be too quick to find defamatory meaning, particularly where expressions of opinion are concerned. Triers of fact should be mindful of ensuring that the plaintiff’s reputation is actually threatened by the impugned statements before turning to the available defences. The test is whether, in the factual circumstances of the case, the public would think less of the plaintiff as a result of the comment. Relevant factors to be considered in assessing whether a statement is defamatory include: whether the impugned speech is a statement of opinion rather than of fact; how much is publicly known about the plaintiff; the nature of the audience; and the context of the comment. In this case, the impugned statement constituted comment rather than fact. As a result, M’s audience would necessarily treat it differently than a statement of fact. In addition, both M and S were public figures involved in an ongoing public debate on the issue of the introduction of materials dealing with gay issues in the classroom. That debate would have informed public opinion. Even those not familiar with the issue would have understood the comment in the context of this debate because M made reference to it in the impugned editorial. Further, M’s “sizeable following” would have understood his comments in light of his well-known style, which involves strong opinions sometimes conveyed with colourful and provocative language. M’s comments therefore posed no realistic threat to S’s reputation and were not *prima*

recours pourraient fonder, du moins chez certaines personnes de son auditoire, la croyance honnête qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels, même si M a nié avoir voulu dire une telle chose. La juge de première instance n’a pas expressément appliqué le critère de la « croyance honnête objective » à l’imputation selon laquelle S « tolérerait la violence ». Toutefois, compte tenu de l’ensemble de ses motifs, de la teneur de certaines des allocutions de S déjà mentionnées et de la grande latitude permise par la défense de commentaire loyal, l’imputation diffamatoire selon laquelle S ne commettrait pas elle-même d’actes de violence mais qu’elle « tolérerait la violence » d’autrui est une opinion que, vu les faits prouvés, une personne aurait pu honnêtement exprimer quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions. C’est tout ce que la loi demande. Le commentaire de M n’était pas motivé par la malveillance dans le sens de motif illégitime et S n’a pas porté en appel la conclusion de la juge de première instance que la malveillance ne faisait pas obstacle à la défense de commentaire loyal de M. [27] [34] [49] [57] [60] [62-63]

*Le juge LeBel* : La question n’ayant pas été soulevée devant la Cour, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de la juge de première instance sur le caractère diffamatoire de l’éditorial. Cependant, bien que le critère préliminaire soit peu exigeant pour l’établissement de la diffamation à première vue, les tribunaux ne devraient pas s’empresser de trouver un sens diffamatoire, surtout dans le cas d’expression d’opinions. Les juges des faits devraient s’assurer que les déclarations contestées compromettent effectivement la réputation du demandeur avant d’examiner les moyens de défense disponibles. Il s’agit de se demander si, dans le contexte factuel de l’affaire, le commentaire donne au public une opinion moins favorable de la demanderesse. On retient notamment les facteurs pertinents suivants pour apprécier le caractère diffamatoire d’une déclaration : le fait que les propos attaqués constituent ou non un énoncé d’opinion plutôt qu’un énoncé de fait, la mesure dans laquelle le public connaît bien le demandeur, la nature de l’auditoire et le contexte du commentaire. En l’espèce, les propos en cause constituent un commentaire plutôt qu’un énoncé de fait. Les auditeurs de M les auraient donc nécessairement perçus différemment d’un énoncé de fait. De plus, tant M que S étaient des personnages publics qui participaient à un débat public permanent sur la question de l’utilisation en salle de classe de documents traitant de l’homosexualité. Le débat aurait aidé le public à former une opinion éclairée. Même les auditeurs qui n’étaient pas au fait de la question auraient situé le commentaire de M dans son contexte puisque son éditorial en faisait état. De plus, le « large auditoire » de M aurait jugé son intervention d’après le style qu’on lui connaît, en sachant

*facie* defamatory. In any event, the defence of fair comment is applicable. To satisfy the defence, a defendant should only be required to prove that: (a) the statement constituted comment; (b) it had a basis in true facts; and (c) it concerned a matter of public interest. On the facts of this case, there is no dispute that each of these requirements is met. [68-69] [76] [78] [80] [99]

The fair comment defence should not include an element of honest belief. Although this element continues to exist in some common law countries, its influence and utility have been waning such that it no longer offers anything of value in the exercise of balancing the right to comment fairly on matters of public opinion against the right to reputation. The elimination of that element would constitute a formal recognition that it is no longer justifiable, for purposes of the fair comment defence, to judge a person's opinions on an objective basis other than to require that they have some basis in fact. Furthermore, since the requirements of a basis in fact and honest belief address the same issue, an honest belief requirement provides no additional protection to reputation. There is therefore no reason to retain that element. Eliminating it is an incremental change. This Court has the power — indeed the responsibility — to make such changes when the common law falls out of step with its underlying principles and with modern values, and when a test has proven to be unworkable or to serve no useful purpose. [66] [85] [93-94]

If the defendant is successful in establishing the elements of the fair comment defence, the inquiry may turn to malice, which the plaintiff must prove if alleged. Proof of malice may be drawn from the language of the assertion itself or from the circumstances surrounding the publication of the comment. It may involve inferences and evidentiary presumptions. In order to defeat fair comment, malice must be the dominant motive for expressing an opinion. There was no evidence of malice on the facts of this case. [100] [106-107]

*Per* Rothstein J.: The statements in question were defamatory but the defence of fair comment applies. To satisfy the fair comment defence, there is no requirement to prove objective honest belief. The defence of fair comment should only require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a

qu'il émet des opinions fermes, parfois formulées dans des termes colorés et provocateurs. Les commentaires de M ne compromettent pas réellement la réputation de S et ne sont pas diffamatoires à première vue. Quoi qu'il en soit, la défense de commentaire loyal s'applique en l'espèce. Elle devrait simplement exiger du défendeur qu'il démontre que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. En l'espèce, il ne fait aucun doute que ces trois exigences sont remplies. [68-69] [76] [78] [80] [99]

La défense de commentaire loyal ne devrait pas comporter un volet croyance honnête. Cet élément existe toujours dans certains pays de common law, mais son influence et son utilité se sont affaiblies au point que, selon moi, il ne joue plus aucun rôle pratique dans la conciliation entre le droit de formuler un commentaire loyal sur des questions d'opinion publique et le droit à la réputation. Son élimination aurait pour avantage de reconnaître explicitement qu'il n'est plus justifiable, en matière de défense de commentaire loyal, de juger les opinions d'autrui sur un fondement objectif, sauf pour exiger qu'elles conservent une assise factuelle. De plus, comme l'exigence du fondement factuel et celle de la croyance honnête répondent à la même question, la croyance honnête n'offre aucune protection supplémentaire pour la réputation. Il n'existe donc aucune raison de conserver cet élément. Son élimination constitue un changement progressif du droit. La Cour a le pouvoir, sinon la responsabilité, d'apporter de tels changements lorsque la common law ne s'accorde plus avec les principes qui la sous-tendent ni avec les valeurs modernes, et que l'inapplicabilité ou l'inutilité d'un critère a été démontrée. [66] [85] [93-94]

Si le défendeur parvient à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal, la question de la malveillance pourra entrer en jeu, et il incombera alors au demandeur de la démontrer s'il l'allègue. La preuve de la malveillance peut provenir de la formulation même des propos ou des circonstances de la diffusion du commentaire. La preuve peut se faire par inférence ou par présomption. Pour que la défense de commentaire loyal soit écartée, il faut que les propos soient principalement motivés par la malveillance. En l'espèce, rien ne prouve l'existence de la malveillance. [100] [106-107]

*Le* juge Rothstein : Les propos en cause sont diffamatoires, mais la défense de commentaire loyal s'applique. Pour bénéficier de la défense de commentaire loyal, il n'est pas nécessaire de prouver la croyance honnête objective. Le défendeur doit seulement prouver que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur

matter of public interest. These requirements were met in this case. Although the issue of malice is not before the Court, there is agreement with LeBel J.'s discussion in respect of that element. [108-109]

### Cases Cited

By Binnie J.

**Referred to:** *Price v. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 S.C.R. 179; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Doyle v. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. xii; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.* (Nos. 2-5), [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805; *Bonnick v. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson v. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771, leave to appeal granted, [2008] 1 S.C.R. xii; *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. v. Baker*, [1926] S.C.R. 297; *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, rev'g (1979), 96 D.L.R. (3d) 172; *Barltrop v. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Howarth v. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (1906); *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Telnikoff v. Matushevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952; *Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. v. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60; *Mitchell v. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Jones v. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97; *Scott v. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124; *Macdonell v. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270.

By LeBel J.

**Referred to:** *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Davis & Sons v. Shepstone* (1886), 11 A.C.

une question d'intérêt public. Or, ces éléments ont été démontrés en l'espèce. Bien que la question de la malveillance ne soit pas soulevée dans le pourvoi, il y a accord avec l'analyse effectuée par le juge LeBel en ce qui a trait à la malveillance. [108-109]

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Price c. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 R.C.S. 179; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Doyle c. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée, [1980] 1 R.C.S. xii; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.* (Nos. 2-5), [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805; *Bonnick c. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson c. Quan*, (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771, autorisation de pourvoi accordée, [2008] 1 R.C.S. xii; *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. c. Baker*, [1926] R.C.S. 297; *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, inf. (1979), 96 D.L.R. (3d) 172; *Barltrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637; *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Howarth c. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (1906); *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Telnikoff c. Matushevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952; *Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. c. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60; *Mitchell v. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Jones c. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97; *Scott c. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124; *Macdonell c. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Sim c. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Davis & Sons c. Shepstone*

187; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Cheng v. Tse Wai Chun*, [2000] 3 H.K.C.F.A.R. 339; *Soane v. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086; *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Campbell v. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288; *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Charleston v. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450; *Loukas v. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549; *Watt v. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130; *Christie v. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. vii; *Renouf v. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).  
*Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105, s. 10.

#### Treaties and Other International Instruments

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 10.

#### Authors Cited

Brown, Raymond E. *Defamation Law: A Primer*. Toronto: Thomson/Carswell, 2003.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2 and 4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2007, release 4).

*Duncan and Neill on Defamation*, 2nd ed. by Sir Brian Neill and Richard Rampton. London: Butterworths, 1983.

*Gatley on Libel and Slander*, 10th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2004.

Gillooly, Michael. *The Law of Defamation in Australia and New Zealand*. Sydney: The Federation Press, 1998.

Marten, Bevan. "A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand" (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127.

McConchie, Roger D., and David A. Potts. *Canadian Libel and Slander Actions*. Toronto: Irwin Law, 2004.

Mitchell, Paul. *The Making of the Modern Law of Defamation*. Oxford: Hart, 2005.

*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.

Stone, Geoffrey R. "Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale" (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387.

(1886), 11 A.C. 187; *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Cheng c. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339; *Soane c. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086; *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Campbell c. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288; *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62; *Charleston c. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450; *Loukas c. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549; *Watt c. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130; *Christie c. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. vii; *Renouf c. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).  
*Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105, art. 10.

#### Traité et autres instruments internationaux

*Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 10.

#### Doctrine citée

Brown, Raymond E. *Defamation Law : A Primer*. Toronto : Thomson/Carswell, 2003.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2 and 4, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2007, release 4).

*Duncan and Neill on Defamation*, 2nd ed. by Sir Brian Neill and Richard Rampton. London : Butterworths, 1983.

*Gatley on Libel and Slander*, 10th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2004.

Gillooly, Michael. *The Law of Defamation in Australia and New Zealand*. Sydney : The Federation Press, 1998.

Marten, Bevan. « A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand » (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127.

McConchie, Roger D., and David A. Potts. *Canadian Libel and Slander Actions*. Toronto : Irwin Law, 2004.

Mitchell, Paul. *The Making of the Modern Law of Defamation*. Oxford : Hart, 2005.

*Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. by R. F. V. Heuston. London : Sweet & Maxwell, 1977.

Stone, Geoffrey R. « Free Speech in the Age of McCarthy : A Cautionary Tale » (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387.



APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Thackray J.J.A.) (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, [2006] 10 W.W.R. 460, 228 B.C.A.C. 1, 376 W.A.C. 1, [2006] B.C.J. No. 1315 (QL), 2006 CarswellBC 1435, 2006 BCCA 287, reversing a decision of Koenigsberg J. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, [2004] B.C.J. No. 1164 (QL), 2004 CarswellBC 1283, 2004 BCSC 754. Appeal allowed.

*Daniel W. Burnett and Paul A. Brackstone*, for the appellants.

*Lianne W. Potter*, for the respondent.

*Jamie Cameron, Matthew Milne-Smith and John McCamus*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Robert D. Holmes and Christina Godlewska*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Brian MacLeod Rogers*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/The Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition").

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron J.J. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal requires the Court to reexamine the defence of fair comment which helps hold the balance in the law of defamation between two fundamental values, namely the respect for individuals and protection of their reputation from unjustified harm on the one hand, and on the other hand, the freedom of expression and debate that is said to be the "very life blood of our freedom and free institutions": *Price v. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 S.C.R. 179, at p. 194. Under the present law, if a plaintiff shows the defendant published something harmful to his or her reputation, then both falsity and damage are presumed, and the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Thackray) (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, [2006] 10 W.W.R. 460, 228 B.C.A.C. 1, 376 W.A.C. 1, [2006] B.C.J. No. 1315 (QL), 2006 CarswellBC 1435, 2006 BCCA 287, qui a infirmé la décision de la juge Koenigsberg (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, [2004] B.C.J. No. 1164 (QL), 2004 CarswellBC 1283, 2004 BCSC 754. Pourvoi accueilli.

*Daniel W. Burnett et Paul A. Brackstone*, pour les appelants.

*Lianne W. Potter*, pour l'intimée.

*Jamie Cameron, Matthew Milne-Smith et John McCamus*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Robert D. Holmes et Christina Godlewska*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Brian MacLeod Rogers*, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias »).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit réexaminer la défense de commentaire loyal qui, en matière de diffamation, aide à concilier deux valeurs fondamentales : le respect des individus et la protection de leur réputation contre les préjudices injustifiés, d'une part, et la liberté d'expression et de débat, dont on a dit qu'elle constitue [TRADUCTION] « l'élément vital de notre liberté et des institutions libres », d'autre part : *Price c. Chicoutimi Pulp Co.* (1915), 51 R.C.S. 179, p. 194. Dans l'état actuel du droit, la preuve qu'une publication du défendeur porte atteinte à la réputation du demandeur crée une

onus shifts to the defendants to establish an applicable defence, including the defence of fair comment. In *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, Dickson J., in dissent, identified the elements of the “fair comment” defence as follows:

- (a) the comment must be on a matter of public interest;
- (b) the comment must be based on fact;
- (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment;
- (d) the comment must satisfy the following objective test: could any man honestly express that opinion on the proved facts?
- (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was actuated by express malice. [Emphasis in original deleted; pp. 1099-1100.]

(citing *Duncan and Neill on Defamation* (1978), at p. 62)

Although on that occasion a majority of the Court insisted on framing the honest belief requirement in subjective terms (the comment must express an opinion honestly held by the speaker), I believe experience has shown that Dickson J.’s “objective” formulation of the “honest belief” test better conforms to the requirements of free expression endorsed as a fundamental value of our society by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Of course, even if the elements of the “fair comment” defence are established, the plaintiff can still succeed by proving that the defendant was actuated by malice, i.e. for an indirect or improper motive not connected with the purpose for which the defence exists (*Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302, at p. 309).

[2] This is a private law case that is not governed directly by the *Charter*. Yet it was common ground in the argument before us that the evolution of the common law is to be informed and guided by *Charter* values. Particular emphasis was placed on the importance of ensuring that the law of fair

présomption de fausseté et de préjudice et inverse le fardeau de la preuve, obligeant le défendeur à établir l’existence d’une défense applicable, dont celle de commentaire loyal. Dans *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, le juge Dickson, dissident, a défini ainsi les éléments constitutifs de cette défense :

- a) le commentaire doit porter sur une question d’intérêt public;
- b) le commentaire doit être fondé sur des faits;
- c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire;
- d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés?
- e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était animé par la malice. [Italiques dans l’original omis; p. 1099-1100.]

(citant *Duncan and Neill on Defamation* (1978), p. 62)

Même si, à cette occasion, la majorité de la Cour a insisté pour formuler l’exigence de la croyance honnête en termes subjectifs (le commentaire doit exprimer l’opinion honnête de celui qui le formule), l’expérience a démontré, selon moi, que la formulation « objective » du critère de la « croyance honnête » énoncé par le juge Dickson est plus conforme aux exigences de la liberté d’expression consacrée comme valeur fondamentale de notre société par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien sûr, même si les éléments de la défense de commentaire loyal sont établis, le demandeur peut encore avoir gain de cause s’il prouve que le défendeur agissait avec malveillance, c’est-à-dire pour un motif indirect ou illégitime sans lien avec l’objet de la défense (*Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302, p. 309).

[2] Relevant du droit privé, la présente espèce n’est pas directement régie par la *Charte*. Cependant, les parties ont reconnu devant nous que les valeurs exprimées dans la *Charte* doivent présider à l’évolution de la common law. On a souligné plus particulièrement l’importance de veiller à ce que la

comment is developed in a manner consistent with the values underlying freedom of expression. However, the worth and dignity of each individual, including reputation, is an important value underlying the *Charter* and is to be weighed in the balance with freedom of expression, including freedom of the media. The Court's task is not to prefer one over the other by ordering a "hierarchy" of rights (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835), but to attempt a reconciliation. An individual's reputation is not to be treated as regrettable but unavoidable road kill on the highway of public controversy, but nor should an overly solicitous regard for personal reputation be permitted to "chill" freewheeling debate on matters of public interest. As it was put by counsel for the intervener Media Coalition, "No one will really notice if some [media] are silenced; others speaking on safer and more mundane subjects will fill the gap" (Factum, at para. 14).

[3] The issue of balance is raised here in the context of a "shock jock" radio talk show hosted by the appellant Rafe Mair, a well-known and sometimes controversial commentator on matters of public interest in British Columbia. The target of his "editorial" on October 25, 1999 was the respondent Kari Simpson, a widely known social activist. The context was public debate over the introduction of materials dealing with homosexuality into public schools. Mair and Simpson took opposing sides in the debate about whether the purpose of this initiative was to teach tolerance of homosexuality or to promote a homosexual lifestyle. Simpson was a leading public figure in the debate, and the trial judge found that she had a public reputation as a leader of those opposed to any positive portrayal of a gay lifestyle. The nub of Simpson's complaint is the following portion of the Rafe Mair editorial broadcast on October 25, 1999:

Before Kari was on my colleague Bill Good's show last Friday I listened to the tape of the parents' meeting the

défense de commentaire loyal se développe en harmonie avec les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression. Cependant, la valeur et la dignité de l'individu, y compris sa réputation, constituent une importante valeur sous-jacente de la *Charte*, qu'il faut concilier avec la liberté d'expression, dans laquelle s'inscrit la liberté des médias. À cet égard, la fonction de la Cour n'est pas de privilégier l'une par rapport à l'autre en créant une « hiérarchie » de droits (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835), mais de tenter de concilier les deux. Il n'est pas question de considérer l'atteinte à la réputation de l'individu comme une conséquence regrettable, mais inévitable, des controverses publiques, mais il ne faut pas non plus vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée propre à « paralyser » un débat ouvert sur des questions d'intérêt public. Comme l'a exprimé l'avocat de l'intervenante Coalition des médias, [TRADUCTION] « [p]ersonne ne remarquera vraiment que des [médias] ont été réduits au silence; d'autres médias, traitant de sujets moins dangereux et plus anodins, combleront le vide » (mémoire, par. 14).

[3] La question du juste équilibre se pose en l'espèce dans le contexte d'une émission de radio-provocation animée par l'appellant Rafe Mair, un commentateur d'affaires publiques de la Colombie-Britannique, bien connu et parfois controversé. Son « éditorial » du 25 octobre 1999 avait pour cible l'intimée Kari Simpson, activiste sociale très connue, et il s'inscrivait dans le débat public suscité par l'utilisation dans les écoles publiques de documents traitant de l'homosexualité. M. Mair et M<sup>me</sup> Simpson professaient des opinions opposées sur la question de savoir si cette initiative visait à prêcher la tolérance à l'égard de l'homosexualité ou à promouvoir des comportements homosexuels. M<sup>me</sup> Simpson tenait un rôle de premier plan dans ce débat, et la juge de première instance a conclu qu'elle était perçue publiquement comme la porte-parole de ceux qui s'élevaient contre toute présentation positive de l'homosexualité. La plainte de M<sup>me</sup> Simpson porte essentiellement sur le passage suivant de l'« éditorial » de Rafe Mair diffusé le 25 octobre 1999 :

[TRADUCTION] Avant que Kari participe à l'émission de mon collègue Bill Good vendredi dernier, j'ai écouté

night before where Kari harangued the crowd. It took me back to my childhood when with my parents we would listen to bigots who with increasing shrillness would harangue the crowds. For Kari's homosexual one could easily substitute Jew. I could see Governor Wallace — in my mind's eye I could see Governor Wallace of Alabama standing on the steps of a schoolhouse shouting to the crowds that no Negroes would get into Alabama schools as long as he was governor. It could have been blacks last Thursday night just as easily as gays. Now I'm not suggesting that Kari was proposing or supporting any kind of holocaust or violence but neither really — in the speeches, when you think about it and look back — neither did Hitler or Governor Wallace or [Orval Faubus] or Ross Barnett. They were simply declaring their hostility to a minority. Let the mob do as they wished.

(The full text of the editorial is attached in the Appendix.)

[4] The courts in British Columbia were divided on the legal outcome. The trial judge dismissed the action on the basis that, while statements complained of in the editorial (in particular the imputation that Simpson “would condone violence toward gay people”) were defamatory, nevertheless, the defence of fair comment applied and provided a complete defence ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, at para. 6). The Court of Appeal reversed ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287). In its view, the defence of fair comment was not available because there was no evidentiary foundation for the imputation that Simpson would condone violence; nor had Mair testified that he had an honest belief that Simpson would condone violence. In my view, with respect, the Court of Appeal unduly favoured protection of Kari Simpson's reputation in a rancorous public debate in which she had involved herself as a major protagonist. The factual basis of the editorial was Simpson's speech. Mair stated in the editorial that he had listened “to the tape of the parents' meeting the night before where Kari harangued the crowd”. Simpson had been making speeches in a similar vein for some time. Whatever view one may take of Mair's commentary, the factual basis of the controversy was indicated in the editorial and widely known to his listeners. In the absence of demonstrated malice on

l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire. Ça m'a ramené à mon enfance, lorsque mes parents et moi écoutions les discours de plus en plus stridents d'orateurs intolérants. On pourrait facilement substituer des juifs aux homosexuels de ses discours. Je pouvais voir le gouverneur Wallace — je pouvais, en esprit, voir le gouverneur Wallace de l'Alabama, debout sur le perron d'une école, hurlant à la foule qu'aucun nègre n'entrerait dans une école de l'Alabama tant qu'il serait gouverneur. Les propos de jeudi dernier auraient tout aussi bien pu viser des Noirs que des homosexuels. Je ne veux pas dire que Kari proposait ou appuyait tout genre d'holocauste ou de violence, mais quand on y pense ou qu'on y revient, ni Hitler, ni le gouverneur Wallace, [Orval Faubus] ou Ross Barnett ne l'ont vraiment fait non plus dans leurs discours. Ils déclaraient seulement leur hostilité à l'endroit d'une minorité. Laissons la foule faire comme elle l'entend.

(Le texte complet de l'éditorial est reproduit à l'annexe.)

[4] Les tribunaux de la Colombie-Britannique sont parvenus à des conclusions différentes au sujet des conséquences juridiques. La juge de première instance a rejeté l'action, statuant que la défense de commentaire loyal s'appliquait et exonérait totalement le défendeur, en dépit du caractère diffamatoire des propos en cause (plus particulièrement l'imputation que M<sup>me</sup> Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels ») ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, par. 6). La Cour d'appel a infirmé cette décision ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287), estimant que M. Mair ne pouvait invoquer ce moyen de défense parce qu'aucun élément de preuve n'étayait l'imputation que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence et parce qu'il n'avait pas témoigné qu'il croyait honnêtement qu'elle tolérerait la violence. Soit dit en tout respect, j'estime que la Cour d'appel a indûment favorisé la protection de la réputation de Kari Simpson dans un débat public plein de rancœur auquel elle avait pris part comme l'un des principaux protagonistes. Le discours de cette dernière constituait le fondement factuel de l'éditorial en cause. M. Mair y indique, en effet, qu'il a écouté [TRADUCTION] « l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire ». M<sup>me</sup> Simpson faisait de tels discours depuis quelque temps déjà. Peu importe ce que l'on pense

his part (which the trial judge concluded was not a dominant motive), his expression of opinion, however exaggerated, was protected by the law. We live in a free country where people have as much right to express outrageous and ridiculous opinions as moderate ones. I would therefore allow the appeal.

### I. Facts

[5] Rafe Mair's radio talk show is carried on station CKNW owned and operated by the appellant WIC Radio Ltd., which accepts legal responsibility for the broadcast. Mair has a reputation for provoking controversy. With controversy has come a measure of commercial success. His listeners expect to hear extravagant opinions and, according to his counsel, discount them accordingly.

[6] The trial judge found that Kari Simpson was a social activist with "a public reputation as a leader of those opposed to schools teaching acceptance of a gay lifestyle" (para. 10). Simpson had earlier opposed three books placed in Surrey schools which portrayed family units with same-sex parents. She helped write and promote a *Declaration of Family Rights* which asserted that children should not be exposed to any teaching which "portrays the lifestyle of gays . . . as one which is normal, acceptable or must be tolerated" (A.R., at p. 387). The document included a form to be sent by parents to their children's schools as follows:

NOTICE IS HEREBY GIVEN:

. . . that [child's name, date of birth] . . . must not by any teacher or, through the teacher, any other persons

du commentaire de M. Mair, les faits à la base de la controverse étaient mentionnés dans l'éditorial et largement connus de ses auditeurs. En l'absence de preuve de malveillance de sa part (laquelle n'était pas un motif dominant pour M. Mair selon la juge de première instance), l'opinion qu'il exprime, pour exagérée qu'elle fût, était protégée par la loi. Nous vivons dans un pays libre, où il est permis d'énoncer des opinions outrancières et ridicules tout autant que des vues modérées. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

### I. Les faits

[5] L'émission-débat radiophonique de Rafe Mair est diffusée par CKNW, une station exploitée par sa propriétaire, l'appelante WIC Radio Ltd., qui accepte la responsabilité juridique de la diffusion. M. Mair a la réputation de provoquer la controverse; avec la controverse, est venue une certaine réussite commerciale. Ses auditeurs s'attendent à l'entendre formuler des opinions outrancières et, selon son avocat, ils ne les prennent pas vraiment au sérieux.

[6] La juge de première instance a conclu que Kari Simpson était une activiste sociale [TRADUCTION] « perçue publiquement comme la porte-parole de ceux qui s'opposent à ce que l'école enseigne l'acceptation de l'homosexualité » (par. 10). M<sup>me</sup> Simpson s'était auparavant opposée à l'inclusion, dans le matériel pédagogique des écoles de Surrey, de trois ouvrages dépeignant des familles homoparentales. Elle avait participé à la rédaction et à la promotion de la *Declaration of Family Rights*, laquelle affirmait que les enfants ne devaient être exposés à aucun enseignement [TRADUCTION] « dépeignant l'homosexualité [. . .] comme un mode de vie normal, acceptable ou devant être toléré » (d.a., p. 387). Cette déclaration comprenait le formulaire suivant, que les parents devaient envoyer à l'école de leur enfant :

[TRADUCTION]

PRENEZ AVIS :

. . . que [nom et date de naissance de l'enfant] [. . .] ne doit, par aucun professeur, ni par l'intermédiaire

or resource materials, or the learning environment, be exposed to and/or involved in any activity or program which:

*1. Discusses or portrays the lifestyle of gays, lesbians, bisexual and/or transgendered individuals as one which is normal, acceptable or must be tolerated; . . .*

*(Declaration of Family Rights (A.R., at p. 387))*

It seems that Kari Simpson relished her role as a public figure. At one point Simpson faxed Mair a cover article about herself in *British Columbia Report* magazine entitled “The Most Dangerous Woman in B.C.” (November 24, 1997).

[7] The trial judge found that Kari Simpson’s reputation was earned as a result of her “very public actions and words” (para. 10). Further, “[h]er reputation was fairly characterized by Mair at trial as the person who was associated by the media with the anti-gay side” (para. 11). This characterization is supported by various of Kari Simpson’s speeches put in evidence at the trial, including the following extracts:

There is another group within the homosexual community though who is very much politically driven. These people want your children. . . . [W]hen homosexuality takes on all the aspects of a political movement it too becomes a war. . . . And the spoils turn out to be our children. An exaggeration? Well, what are we to think when militant homosexuals seek to lower the age of consensual sexual intercourse between homosexual men and young boys to the age of 14.

*(Speech at Fort St. John (April 3, 1997), at p. 17; A.R., at p. 510)*

The theme of confrontation recurs in many of Simpson’s speeches made exhibits at trial:

I talk about that because this is a war. It’s not going to go away that easy. And usually the first casualty of war is truth, the second casualty is our children. How

d’aucun professeur, aucune autre personne, aucune ressource documentaire et aucun milieu d’enseignement, être exposé(e) ou prendre part à des activités ou programmes :

*1. Exposant ou dépeignant l’homosexualité, le lesbianisme, la bisexualité et/ou le transgendérisme comme un mode de vie normal, acceptable ou devant être toléré; . . .*

*(Declaration of Family Rights (d.a., p. 387))*

Il semble que Kari Simpson savourait son rôle de personnage public. Elle avait même télécopié à M. Mair un article la concernant, publié dans la revue *British Columbia Report* et intitulé « The Most Dangerous Woman in B.C. » (24 novembre 1997).

[7] La juge de première instance a conclu que Kari Simpson avait acquis sa réputation par suite de [TRADUCTION] « propos et gestes très publics » (par. 10) et que [TRADUCTION] « M. Mair avait à juste titre indiqué au procès qu’elle avait la réputation d’une personne que les médias associaient au camp des homophobes » (par. 11). Cette description est étayée par divers discours prononcés par Kari Simpson et mis en preuve au procès, dont voici quelques extraits :

[TRADUCTION] Un autre groupe au sein de la communauté homosexuelle, cependant, est très animé de motifs politiques. Ces gens veulent vos enfants. [ . . ] [L]orsque l’homosexualité intervient dans tous les aspects d’un mouvement politique, elle aussi devient une guerre. [ . . ] Et le butin, ce sont nos enfants. J’exagère? Que devons-nous penser alors, lorsque les militants homosexuels veulent faire abaisser à 14 ans l’âge du consentement aux rapports sexuels entre des homosexuels et de jeunes garçons?

*(Discours prononcé à Fort St. John (3 avril 1997), p. 17; d.a., p. 510)*

Le thème de la confrontation revient dans beaucoup des allocutions de M<sup>me</sup> Simpson déposées en preuve au procès :

[TRADUCTION] Je parle de cela parce qu’il s’agit d’une guerre. Elle ne va pas disparaître si facilement. Et habituellement, la première victime de la guerre, c’est la

many here will put their hands up today and say, "I will not let the second casualty be my children."

. . .

It is a war. Quite often people when they first go out they say, "Oh, Kari, somebody said something mean to me," and I go "uh, uh." I said, "War, you shoot, they shoot." Your aim is better. It's really not complicated.

(Speech at Prince George (May 1997), at pp. 17 and 66; A.R., at pp. 595 and 644)

Kari Simpson expressed the view that "tolerance" was driven by "political correctness":

Is homosexuality normal? No. Does that mean that people shouldn't indulge in it? Quite frankly, that's their right. . . . But it's not normal. It's a little bit like saying smoking is healthy, you know.

Is homosexuality acceptable? In my household, no, absolutely not. It's destructive.

. . .

The one that really got people was when we knew and we deliberately put [into the *Declaration of Family Rights*] "must be tolerated", because, you see, we're conditioned in this politically correct insanity to believe that we have to tolerate everything, that we're not permitted to discriminate. Well, I think that those words need to be rehabilitated just a little bit.

Is it up to the state to dictate to me or my children what we must tolerate? I don't think so. Quite frankly, I'm tired of it.

. . .

So I really encourage you please, we need your help. War is not cheap, people, and we're in a war. We're in a war for the identity of this nation, for the identity of our children, for their future.

(Speech at Salmon Arm (May 18, 1999), at pp. 41-43 and 72; A.R., at pp. 691-93 and 722)

vérité, la deuxième, ce sont nos enfants. Combien d'entre vous vont lever la main aujourd'hui et dire : « Je ne laisserai pas mes enfants être les deuxièmes victimes. »

. . .

C'est une guerre. Il arrive très souvent que les gens me disent après leur première expérience : « Kari, on n'a pas été tendre avec moi ». Je réponds : « Eh oui! ». J'ai dit : « C'est la guerre, vous tirez, ils tirent ». Vous visez mieux. Ce n'est pas vraiment compliqué.

(Discours prononcé à Prince George (mai 1997), p. 17 et 66; d.a., p. 595 et 644)

Kari Simpson a dit que la « tolérance » était motivée par la « rectitude politique » :

[TRADUCTION] L'homosexualité est-elle normale? Non. Est-ce que cela veut dire que les gens ne devraient pas y céder? Bien franchement, c'est leur droit. [. . .] Mais ce n'est pas normal. C'est un peu comme dire que fumer est bon pour la santé, vous savez.

Est-ce que l'homosexualité est acceptable? Dans mon ménage, non, absolument pas. C'est destructeur.

. . .

Ce qui a vraiment saisi les gens, c'est lorsque nous avons su et que nous avons délibérément inscrit [dans la *Declaration of Family Rights*] « devant être toléré », parce que, voyez-vous, avec cette absurdité de rectitude politique, nous sommes conditionnés à croire que nous devons tout tolérer, que toute discrimination est interdite. Eh bien! Je crois qu'il convient de réhabiliter quelque peu ces mots.

Est-ce qu'il appartient à l'État de dicter ce que mes enfants ou moi devons tolérer? Je ne le pense pas. Bien franchement, je suis excédée.

. . .

Alors, je vous encourage tous, nous avons besoin de votre aide. La guerre coûte cher, et nous sommes en guerre. Nous nous battons pour l'identité de cette nation, pour l'identité de nos enfants et pour leur avenir.

(Discours prononcé à Salmon Arm (18 mai 1999), p. 41-43 et 72; d.a., p. 691-693 et 722)

[8] The trial judge also emphasized that Simpson championed her views through democratic means, not violence. She encouraged sympathetic members of her audience to exercise influence through pressure on politicians at all levels. She urged her listeners “to vote, to write, and to speak out about their values and views” (para. 15). “As people as voters and tax payers you have enormous power. Do not underestimate the value of a phone call” (A.R., at p. 535). “Our mandate [Citizens Research Institute] is to ensure that the electorate is informed and participating in an informed way in the politics of the province” (A.R., at p. 652). Typical of her speeches is the following exhortation:

Your phone can do marvelous things back east where they need to be woken up. They think they’re so politically savvy back there, but they really haven’t got the sport down pat yet. Yes, out here in British Columbia it is a sport. That’s why they want to take our guns away. We know how to shoot.

(Speech at Prince George (May 1997), at pp. 68-69; A.R., at pp. 646-47)

[9] Simpson claimed that certain words in the October 25 broadcast were defamatory in their ordinary and natural meaning. Simpson alleged, as well, that the following defamatory innuendos were conveyed by words in the broadcast: (a) that she had advocated or was in favour of parents taking their children out of school because the children’s teacher was gay; (b) that she advocated keeping gay people out of Surrey’s public schools; (c) *that she was hostile toward gay people to the point that she would condone violence toward gay people*; (d) that she preaches hatred against gay people; (e) that she rants against gay people in a way that would influence someone to take the law into his own hands and do them harm; (f) that she would employ tactics against gay people similar to those used by Hitler and other bigots, such as former State Governor George Wallace, Governor Ross Barnett and Governor Orval Faubus; and (g) that she is a dangerous bigot apt to cause harm to gay people. At trial, Mair testified that no such imputations of

[8] La juge de première instance a également souligné que M<sup>me</sup> Simpson défendait ses opinions par des moyens démocratiques et non par la violence. Elle encourageait ses sympathisants à exercer une influence en faisant pression sur les politiciens à tous les niveaux. Elle exhortait ses auditeurs [TRADUCTION] « à voter et à écrire au sujet de leurs valeurs et opinions, et à en parler » (par. 15). « En tant qu’individus, électeurs et contribuables, vous avez un énorme pouvoir. Ne sous-estimez pas la valeur d’un coup de téléphone » (d.a., p. 535). « Notre mandat [Citizens Research Institute] est de veiller à ce que l’électorat soit informé et participe de façon éclairée à la vie politique de la province » (d.a., p. 652). L’exhortation suivante constitue un élément récurrent de ses discours :

[TRADUCTION] Votre téléphone peut faire des merveilles pour réveiller les gens de l’Est, qui en ont bien besoin. Ils se croient politiquement évolués, là-bas, mais ils n’ont pas encore vraiment compris les règles du jeu. Ici, en Colombie-Britannique, c’est un sport. C’est pourquoi, ils veulent nous enlever nos fusils. Nous savons tirer.

(Discours prononcé à Prince George (mai 1997), p. 68-69; d.a., p. 646-647)

[9] M<sup>me</sup> Simpson prétend que l’émission du 25 octobre comportait des termes diffamatoires, selon leur sens ordinaire et naturel. Elle allègue aussi que des passages de l’émission insinuaient de façon diffamatoire : a) qu’elle avait recommandé que les parents retirent leurs enfants des écoles lorsque leur professeur était homosexuel ou qu’elle était favorable à cette mesure; b) qu’elle prônait l’interdiction d’accès des homosexuels dans les écoles publiques de Surrey; c) *qu’elle était tellement homophobe qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels*; d) qu’elle prêchait la haine des homosexuels; e) qu’elle déblatérerait contre les homosexuels d’une façon qui pouvait inciter des gens à s’ériger en justiciers et à s’en prendre à eux; f) qu’elle employait contre les homosexuels des tactiques analogues à celles qu’utilisaient Hitler et d’autres fanatiques, comme les anciens gouverneurs George Wallace, Ross Barnett et Orval Faubus; g) qu’elle est une dangereuse fanatique susceptible de causer du tort aux homosexuels. Au procès, M. Mair a témoigné



violence were intended by him nor in fact made. He said:

I didn't say that Kari is — is a violent person or would want violence to happen. I don't think that — I think that would be the furthest thing from her mind. I think she's, in her own mind, at least, a gentle person. I'm not talking really about what Kari is. I'm talking about what the consequences of thinking that you're doing the right thing this way under these circumstances may well be. [A.R., at p. 340]

## II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court (Koenigsberg J.)* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754)

[10] The trial judge noted Mair's comparisons of Simpson in her public persona to Hitler, Wallace, Faubus, Barnett, the KKK and skinheads. The meaning to be ascribed to these comparisons is that Simpson "would condone violence" (para. 6); this imputation was found to be defamatory. Further, the following words, having regard to the comparisons, were also found to be defamatory:

Kari Simpson is, thank God, permitted in our free society to say what she wishes. But the other side of the free speech coin is a public decent enough to know a mean-spirited, power mad, rabble rousing and yes, dangerous bigot, when they see one. [para. 31]

[11] As to the defence of fair comment, the trial judge found that the facts stated in the editorial were true (para. 44). Kari Simpson had spoken on Bill Good's show, and at a rally the night before. On both occasions she was "on message". Other facts of the controversy were well known at the time though unstated in the editorial (e.g. that Simpson was an active promoter of the *Declaration of Family Rights* (para. 52)). The trial judge concluded:

[T]he defence has established that every element of the factual foundation was either stated or publicly known;

qu'aucune de ces imputations de violence n'avait été voulue ou faite :

[TRADUCTION] Je n'ai pas dit que Kari est — est une personne violente ou qu'elle voudrait que des actes de violence soient commis. Je ne pense pas que — je pense qu'elle ne voudrait cela pour rien au monde. Je pense que, dans sa tête du moins, elle est gentille. Je ne parle pas vraiment de ce qu'est Kari. Je parle des conséquences que peut fort bien entraîner la croyance qu'on fait ce qu'il convient de faire dans les circonstances. [d.a., p. 340]

## II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Koenigsberg)* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754)

[10] La juge de première instance a fait observer que M. Mair avait comparé M<sup>me</sup> Simpson, dans l'image publique qu'elle projetait, à Hitler, Wallace, Faubus et Barnett, au KKK et aux skinheads. Elle a estimé que le sens à donner à ces comparaisons est que M<sup>me</sup> Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence » (par. 6). Elle a jugé cette imputation diffamatoire. Elle a également conclu que le passage suivant, compte tenu des comparaisons, était lui aussi diffamatoire :

[TRADUCTION] Dieu merci, Kari Simpson peut dire ce qu'elle veut dans notre société libre. Mais il y a, de l'autre côté de la médaille de la liberté d'expression, un auditoire assez honnête pour reconnaître une fanatique haineuse, assoiffée de pouvoir, agitatrice et, oui, dangereuse, lorsqu'il en voit une. [par. 31]

[11] Pour ce qui est de la défense de commentaire loyal, la juge de première instance a conclu à la véracité des faits énoncés dans l'éditorial (par. 44). Kari Simpson avait pris parole à l'émission de Bill Good et lors d'un rassemblement tenu la veille. À ces deux occasions, elle faisait « passer un message ». D'autres faits de la controverse étaient très connus à cette date, même s'il n'en était pas fait mention dans l'éditorial (p. ex. que M<sup>me</sup> Simpson faisait activement la promotion de la *Declaration of Family Rights* (par. 52)). La juge de première instance a conclu :

[TRADUCTION] . . . la défense a établi que chaque élément du fondement factuel avait été divulgué ou qu'il

that Mair was aware of them all; and that they were all substantially true in the sense that they were true in so far as they go to the pith and substance of the opinion Mair expressed. [para. 61]

[12] The trial judge found that the editorial was directed to a matter of public interest. The issues underlying the broadcast such as tolerance, discrimination, and the place for discussion of homosexuality in public schools, were matters of widespread controversy. The trial judge found (at paras. 64-66) that there was no basis upon which to challenge that Mair honestly believed what he said. There was some evidence of intrinsic malice:

There is no question, in my view, that the language, tone of voice and characterizations utilized by Mair in both the editorial in issue and earlier editorials were a display of both personal animosity toward the plaintiff and contempt for her character and her ideas, as well as a desire to harm her reputation. [para. 70]

The trial judge also felt that Mair's editorial was a "display of both personal animosity toward the plaintiff . . . as well as a desire to harm her reputation" (para. 70). Nevertheless, she concluded that malice was not the dominant motive for the offending editorial and so did not defeat the defence of fair comment. Accordingly, Simpson's action was dismissed.

B. *British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Thackray J.J.A.)* ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287)

[13] The trial judgment was reversed. In the view of Southin J.A., speaking for herself and Thackray J.A., the trial judge had "failed to apply the test of honest belief in the defamatory imputation" (para. 34). The question, she said, was whether to succeed in the defence of fair comment, the defendant must honestly believe in the imputation (i.e. the innuendo that Simpson "would condone violence toward gay people", found by the trier of fact) or "need he only have an honest belief in what he himself subjectively intended by the words which he used?" (para. 37). *Subjectively*, Mair had intended to convey simply that Simpson is an intolerant bigot. If that

était de notoriété publique, que M. Mair les connaissait tous et qu'ils étaient tous véridiques en substance, en ce sens que leur véracité se rapportait à l'essentiel de l'opinion exprimée par M. Mair [par. 61]

[12] Selon la juge de première instance, l'éditorial portait sur un sujet d'intérêt public. Ses thèmes sous-jacents — la tolérance, la discrimination et la place de la question de l'homosexualité dans les écoles publiques — étaient des sujets de controverse généralisée. Elle a conclu (par. 64-66) que l'allégation que M. Mair ne croyait pas honnêtement ce qu'il disait était sans fondement, mais que des éléments de preuve indiquaient que ses propos dénotaient une certaine malveillance intrinsèque :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute, selon moi, que les termes et le ton de voix que M. Mair a employés dans l'éditorial en cause et dans de précédents éditoriaux, de même que la façon dont il a dépeint la demanderesse témoignent de son animosité personnelle envers elle et de son mépris pour elle et pour ses idées ainsi que d'un désir de ternir sa réputation. [par. 70]

Elle a aussi estimé que l'éditorial de M. Mair dénote une [TRADUCTION] « animosité personnelle envers [la demanderesse] [. . .] ainsi que d'un désir de ternir sa réputation » (par. 70). Elle n'en a pas moins conclu que le motif dominant de l'éditorialiste n'était pas la malveillance, de sorte qu'il pouvait se prévaloir de la défense de commentaire loyal. Elle a donc rejeté l'action de M<sup>me</sup> Simpson.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Thackray)* ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 30, 2006 BCCA 287)

[13] La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance. Selon la juge Southin, à l'opinion de laquelle a souscrit le juge Thackray, la juge de première instance [TRADUCTION] « n'avait pas appliqué le critère de la croyance ou conviction honnête à l'imputation diffamatoire » (par. 34). Il fallait, à son avis, se poser la question suivante : Faut-il que le défendeur croie honnêtement à l'imputation (c.-à-d. à l'insinuation que M<sup>me</sup> Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels » dont le juge des faits avait reconnu l'existence), pour que sa défense de commentaire loyal soit reçue, ou [TRADUCTION] « suffit-il qu'il croie honnêtement à

was all he had said, he would be entitled to succeed because the facts indicate that this was his honest belief. However, Southin J.A. pointed out, the trial judge concluded, in para. 30 of her reasons, that the *objectively* reasonable meaning of Mair's words was that "the plaintiff would condone violence". She held this was an imputation of fact, not comment, and that there was "no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence" (para. 43). Prowse J.A. delivered brief concurring reasons. The case was therefore sent back to the trial judge for an assessment of damages.

### III. Analysis

[14] In the almost 30 years since *Cherneskey*, courts across the common law world have re-examined the balance between freedom of expression and the protection of private reputation.

[15] The function of the tort of defamation is to vindicate reputation, but many courts have concluded that the traditional elements of that tort may require modification to provide broader accommodation to the value of freedom of expression. There is concern that matters of public interest go unreported because publishers fear the ballooning cost and disruption of defending a defamation action. Investigative reports get "spiked", the Media Coalition contends, because, while true, they are based on facts that are difficult to establish according to rules of evidence. When controversies erupt, statements of claim often follow as night follows day, not only in serious claims (as here) but in actions launched simply for the purpose of intimidation. Of course "chilling" false and defamatory speech is not a bad thing in itself, but chilling debate on matters of *legitimate* public interest raises issues of inappropriate censorship and self-censorship. Public controversy can be a

ce que lui-même voulait subjectivement dire par les termes qu'il a employés » (par. 37). *Subjectivement*, M. Mair voulait simplement dire que M<sup>me</sup> Simpson était une fanatique intolérante. Si c'était effectivement tout ce qu'il avait dit, il aurait gain de cause parce qu'il ressort des faits que c'est ce qu'il croyait honnêtement. La juge Southin a toutefois souligné qu'au par. 30 de ses motifs la juge de première instance avait conclu que la signification *objective-ment* raisonnable des propos de M. Mair était que [TRADUCTION] « la demanderesse tolérerait la violence ». Selon la juge Southin, il s'agissait d'une imputation factuelle non d'un commentaire, et [TRADUCTION] « aucun élément de preuve ne permettait de conclure que l'appelante tolérerait la violence » (par. 43). La juge Prowse a formulé de brefs motifs concordants. L'affaire a donc été renvoyée à la juge de première instance pour l'évaluation des dommages-intérêts.

### III. Analyse

[14] L'arrêt *Cherneskey* a été rendu il y a près de 30 ans et, au cours de cette période, les tribunaux de common law de partout dans le monde ont réexaminé l'équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la réputation.

[15] La fonction du délit de diffamation est de permettre le rétablissement de la réputation, mais de nombreux tribunaux ont conclu qu'il faudrait peut-être modifier les éléments constitutifs traditionnels de ce délit pour faire plus de place à la liberté d'expression. On redoute en effet que, par crainte des coûts de plus en plus élevés et des problèmes engendrés par les poursuites en diffamation, les diffuseurs passent sous silence des questions d'intérêt public. Selon la Coalition des médias, des reportages d'enquête sont mis à l'écart, en dépit de leur véracité, parce qu'ils sont fondés sur des faits difficiles à établir en fonction des règles de preuve. Inévitablement, lorsqu'il y a controverse, il y a souvent poursuite, non seulement pour des motifs sérieux (comme en l'espèce), mais simplement à des fins d'intimidation. Bien sûr, il n'est pas intrinsèquement mauvais que les propos faux et diffamatoires soient « réprimés », mais lorsque le débat sur des questions d'intérêt public *légitimes* est réprimé,

rough trade, and the law needs to accommodate its requirements.

[16] Canadian courts have frequently pointed to the need to develop the common law in accordance with *Charter* values, including the law of defamation:

Historically, the common law evolved as a result of the courts making those incremental changes which were necessary in order to make the law comply with current societal values. The *Charter* represents a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society and our legal system. It follows that it is appropriate for the courts to make such incremental revisions to the common law as may be necessary to have it comply with the values enunciated in the *Charter*.

(*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, *per* Cory J., at para. 92)

See also *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603. Traditionally, the freedom of expression enjoyed by the media has been considered no greater than that of other members of the Canadian community (*Doyle v. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 208, leave to appeal refused, [1980] 1 S.C.R. xii). Nevertheless, it is worth noting that s. 2(b) of the *Charter* specifically refers to “freedom of the press and other media of communication”, presumably to underline their importance in our public life.

#### A. *Imputations of Fact Versus Comment*

[17] The appellants claim that while the trial judge properly treated the imputation that Simpson would condone violence as a comment, the Court of Appeal mischaracterized it as a statement of fact, to which, of course, different defences apply. The reasons of the Court of Appeal are not altogether clear on this point. Southin J.A., after quoting at length from various court decisions, concluded without further discussion:

on peut se demander s’il n’y a pas censure ou auto-censure indues. La controverse publique a parfois de rudes exigences, et le droit doit respecter ses exigences.

[16] Les tribunaux canadiens ont maintes fois souligné la nécessité de faire évoluer la common law en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte*, et cela vaut pour les règles relatives à la diffamation :

Historiquement, la common law a évolué grâce aux changements progressifs qu’y ont apportés les tribunaux afin que le droit corresponde aux valeurs sociales contemporaines. La *Charte* est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. Il convient donc que les tribunaux apportent progressivement à la common law des modifications qui permettent de la rendre compatible avec les valeurs énoncées dans la *Charte*.

(*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, le juge Cory, par. 92)

Voir aussi *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603. On a généralement considéré que les médias ne jouissaient pas d’une plus grande liberté d’expression que le reste de la société canadienne (*Doyle c. Sparrow* (1979), 27 O.R. (2d) 206 (C.A.), le juge en chef adjoint de l’Ontario MacKinnon, p. 208, autorisation d’appel refusée, [1980] 1 R.C.S. xii), mais il importe de noter que l’al. 2b) de la *Charte* mentionne expressément la « liberté de la presse et des autres moyens de communication », probablement pour souligner leur importance dans notre vie publique.

#### A. *Imputation factuelle et commentaire*

[17] Selon les appelants, la juge de première instance a eu raison de considérer comme commentaire l’imputation que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence, mais la Cour d’appel l’a erronément qualifiée de déclaration de fait, ce qui, naturellement, appelle des moyens de défense différents. Les motifs de la Cour d’appel ne sont pas absolument clairs sur ce point. Après avoir cité de longs extraits de jurisprudence, la juge Southin a conclu sans élaborer davantage :

Applying these authorities, I come to the conclusion that the learned judge's conclusion, both as judge and jury, as to the defamatory meaning of these words, excludes any further consideration of fair comment because there is no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence. [Emphasis added; para. 43.]

Courts do not ordinarily refer to a comment as "a finding", and Southin J.A.'s characterization persuades the appellants that the Court of Appeal wrongly reversed the trial judgment

on the basis that the statement in question required factual proof and therefore could not be defended as fair comment. They did so without any deference or indication of a palpable or overriding error by the trial judge in her finding that the words were comment. [Factum; para. 80]

#### Imputations of Fact

[18] The appellants argue that even if the Court of Appeal decided the appeal on the basis that the imputation "would condone violence" is a fact requiring a demonstration of truth, and even if the court was correct to do so, they are, nevertheless, entitled to succeed on the basis of a "responsible journalism" defence, based on developments in other common law jurisdictions. The appellants cite cases in Australia, New Zealand and the United Kingdom on this point.

[19] I do not propose to deal with this argument at length because, in my view, this is a case of comment, not imputation of fact. However, having regard to the full argument placed before us, I will briefly take note of the contending positions, which will have to await resolution for another appeal.

[20] In *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, the House of Lords decided that the common law doctrine of qualified privilege has enough "elasticity" (p. 625) to accommodate freedom of the media in a manner consistent with the freedom of expression guaranteed

[TRADUCTION] Compte tenu de ces décisions, je conclus que celle de la juge de première instance, en tant que juge et jury, au sujet de la signification diffamatoire de ces mots, exclut la poursuite de l'examen de la défense de commentaire loyal, car aucun élément de preuve ne permet de conclure que l'appelante tolérerait la violence. [Je souligne; par. 43.]

Habituellement, les tribunaux n'assimilent pas les commentaires à des « conclusions », et cette qualification faite par la juge Southin convainc les appellants que la Cour d'appel a eu tort d'infirmer le jugement de première instance

[TRADUCTION] car la déclaration en cause doit reposer sur une preuve factuelle et ne saurait donc être défendue à titre de commentaire loyal. La cour a tenu ce raisonnement sans faire preuve de déférence et sans relever d'erreur manifeste et dominante dans la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les propos en cause constituaient un commentaire. [mémoire, par. 80]

#### Imputations de fait

[18] Selon les appellants, même si la Cour d'appel a tranché l'affaire en tenant pour acquis que l'imputation — « tolérerait la violence » — est un fait dont il faut établir la véracité et même si ce raisonnement est juste, ils peuvent quand même être exonérés en invoquant en défense le « journalisme responsable », compte tenu de l'évolution de la jurisprudence dans d'autres ressorts de common law. Les appellants citent à cet égard des décisions de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni.

[19] Je ne m'étendrai pas sur cet argument parce qu'à mon avis il s'agit ici d'un commentaire et non d'une imputation de fait. Toutefois, vu l'ensemble de l'argumentation devant la Cour, j'aborderai brièvement les thèses avancées, qui ne pourront faire l'objet d'une décision que dans un autre pourvoi.

[20] Dans *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, la Chambre des lords a statué que la théorie de l'immunité relative reconvenue en common law offrait la [TRADUCTION] « souplesse » (p. 625) voulue pour assurer à la liberté des médias l'étendue nécessaire pour

by Article 10 of the European *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. “[T]here are occasions when the public interest requires that publication to the world at large should be privileged” (p. 617), depending on such matters as the seriousness of the allegation, the nature of the information published, the extent to which the subject matter is a matter of public concern, the source of the information and the steps taken to verify its truth (p. 626). Where it applies, the “public interest defence of responsible journalism” protects the journalist even where he or she got material facts wrong. Later English authority has noted that the effect of the *Reynolds* test is to shift the qualified privilege from the “occasion” to the specific publication: *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805. See also *Bonnick v. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson v. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 (leave to appeal granted April 3, 2008, [2008] 1 S.C.R. xii; hearing pending).

[21] Reliance was also placed by the appellants on the decisions of the High Court of Australia which has accepted a more narrow “government or political matters” defence. In *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96, at p. 117, it was held that “the reputations of those defamed by widespread publications will be adequately protected by requiring the publisher to prove reasonableness of conduct . . . [or] if the person defamed proves that the publication was actuated by common law malice”.

[22] As in England, the Australian adaptation of qualified privilege would put the onus on the media to prove reasonableness of conduct rather than on the plaintiff to prove lack of due diligence or negligence. Moreover, it is argued that this approach would effectively sideline the issue of malice because a finding that the media acted reasonably

qu’elle corresponde à la liberté d’expression garantie par l’article 10 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales* européenne. [TRADUCTION] « [I]l existe des circonstances où l’intérêt public exige qu’une large diffusion bénéficie d’une immunité » (p. 617), compte tenu de facteurs comme la gravité des allégations, la nature de l’information publiée, sa qualité de renseignement d’intérêt public, sa source et les mesures prises pour en vérifier la véracité (p. 626). Lorsqu’elle s’applique, la « défense d’intérêt public du journalisme responsable » protège le journaliste, même s’il s’est trompé sur des faits substantiels. Les tribunaux anglais ont par la suite indiqué que le critère de l’arrêt *Reynolds* a pour effet d’axer l’immunité relative sur la diffusion en cause plutôt que sur les « circonstances » : *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5)*, [2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805. Voir aussi *Bonnick c. Morris*, [2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31; *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44; *Cusson c. Quan* (2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 (autorisation d’appel accordée le 3 avril 2008, [2008] 1 R.C.S. xii; audition à venir).

[21] Les appelants ont aussi invoqué la jurisprudence de la Haute Cour de l’Australie acceptant le moyen de défense plus restreint des [TRADUCTION] « questions gouvernementales ou politiques ». Dans *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96, p. 117, cette cour a statué que [TRADUCTION] « la réputation des personnes diffamées par des propos largement diffusés sera suffisamment protégée si le diffuseur est tenu de démontrer qu’il s’est conduit de façon raisonnable [. . .] [ou] si la personne diffamée établit que la diffusion était motivée par la malveillance au sens de la common law ».

[22] La défense d’immunité relative modifiée de la jurisprudence australienne, comme celle de la jurisprudence anglaise, oblige le média à démontrer que sa conduite était raisonnable au lieu d’imposer au demandeur l’obligation de prouver l’absence de diligence raisonnable ou la négligence. On soutient en outre qu’elle a pour

would potentially foreclose a concurrent finding of malice in respect of the same publication.

[23] Recent New Zealand authority approaches qualified privilege from a different perspective. In *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385, the New Zealand Court of Appeal disagreed with both the House of Lords in *Reynolds* and the Australian High Court in *Lange*, that a “responsible journalism” or “reasonableness” requirement should be imposed as a condition precedent to an occasion being classified as one of “qualified privilege”:

We are not persuaded that in the New Zealand situation matters such as the steps taken to verify the information, the seeking of comment from the person defamed, and the status or source of the information, should fall within the ambit of the inquiry into whether the occasion is privileged. [para. 38]

A more appropriate control mechanism, in the New Zealand view, is to seek flexibility in the definition of malice, the proof of which lies on the plaintiff. Thus the privilege would be defeated if the plaintiff could show either that the publisher “knew he was not telling the truth or was reckless in that regard” (para. 51), citing *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 79. In effect, the New Zealand doctrine rests on a public interest doctrine of proof of *irresponsible* journalism.

[24] While the legal position in both Australia and New Zealand was influenced by statutory provisions that have no direct counterpart in Canada, the Canadian law of qualified privilege will necessarily evolve in ways that are consistent with *Charter* values. At issue will be both the scope of the qualified privilege (*Reynolds* is broader) and whether the burden of proof of responsible journalism should lie on the defendant (*Reynolds*) or

effet d’écarter la question de la malveillance, car la conclusion que la conduite du média était raisonnable pourrait exclure une conclusion concomitante de malveillance à l’égard de la même publication.

[23] Un arrêt récent de la Nouvelle-Zélande aborde l’immunité relative sous un angle nouveau. Dans *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385, la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a refusé de se ranger à l’opinion exprimée par la Chambre des lords dans *Reynolds* et par la Haute Cour de l’Australie dans *Lange*, selon laquelle la condition préalable du « journalisme responsable » ou de la « raisonabilité » doit être remplie pour qu’on puisse conclure que des circonstances donnent lieu à une « immunité relative » :

[TRADUCTION] On ne nous a pas convaincus qu’en Nouvelle-Zélande des éléments comme les mesures prises pour vérifier l’information, l’obtention de commentaires de la personne diffamée et le statut ou la source de l’information entrent dans l’examen visant à déterminer si les circonstances donnent lieu à une immunité relative. [par. 38]

Selon la jurisprudence de la Nouvelle-Zélande, il est plus indiqué d’appliquer un mécanisme de contrôle définissant avec souplesse la malveillance, laquelle doit être prouvée par le demandeur. Ainsi, le défendeur ne pourrait se prévaloir de l’immunité si le demandeur établit que le diffuseur [TRADUCTION] « savait qu’il ne disait pas la vérité ou a fait preuve d’insouciance à cet égard » (par. 51), citant *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 79. Le fondement du critère de l’intérêt public appliqué en Nouvelle-Zélande est en fait la preuve de journalisme *irresponsable*.

[24] Bien que des dispositions législatives dont il n’existe pas d’équivalent au Canada aient influé sur les positions juridiques prises en Australie et en Nouvelle-Zélande, l’évolution des règles appliquées ici en matière d’immunité relative devra nécessairement correspondre aux valeurs garanties par la *Charte*. Il s’agit en l’espèce de déterminer l’étendue de l’immunité relative (l’immunité prévue dans *Reynolds* est plus large) et de décider si le fardeau

irresponsible journalism on the plaintiff (*Lange v. Atkinson*).

[25] Despite the variations of the “responsible journalism” defence urged in argument, the fact is that Mair does not claim to have acted reasonably in relation to the publication of facts subsequently shown to be false. He says he editorialized on facts that were shown to be true. Commentators are allowed broad latitude under the existing law of fair comment. Despite some ambiguity about the basis of the majority decision of the B.C. Court of Appeal, as more fully discussed below, fair comment is the essence of his defence.

#### B. *Distinguishing Fact From Comment*

[26] The pleaded innuendo that Simpson was so “hostile toward gay people to the point that she would condone violence toward gay people” (trial reasons, at para. 19 (emphasis added; emphasis in original deleted)) is framed as an inference (“would condone violence”) from a factual premise, (i.e. was so “hostile toward gay people”). In *Ross v. New Brunswick Teachers’ Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, at para. 56, the New Brunswick Court of Appeal correctly took the view that “comment” includes a “deduction, inference, conclusion, criticism, judgment, remark or observation which is generally incapable of proof”. Brown’s *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)) cites ample authority for the proposition that words that may appear to be statements of fact may, in pith and substance, be properly construed as comment. This is particularly so in an editorial context where loose, figurative or hyperbolic language is used (Brown, vol. 4, at p. 27-317) in the context of political debate, commentary, media campaigns and public discourse. See also, R. D. McConchie and D. A. Potts, *Canadian Libel and Slander Actions* (2004), at p. 340.

de la preuve du journalisme responsable incombe au défendeur (*Reynolds*) ou si c’est au demandeur de faire la preuve du journalisme irresponsable (*Lange c. Atkinson*).

[25] Quelque forme que prenne la défense de « journalisme responsable » invoquée dans l’argument, il reste que M. Mair ne prétend pas avoir agi de façon raisonnable dans la diffusion de faits dont la fausseté aurait été démontrée par la suite. Il affirme avoir présenté un éditorial concernant des faits dont la véracité a été établie. Les règles régissant la défense de commentaire loyal accordent une grande latitude aux commentateurs. Bien que, comme il en sera question de façon plus détaillée, le fondement de la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ne soit pas limpide, le moyen de défense invoqué est essentiellement celui du commentaire loyal.

#### B. *Distinction entre fait et commentaire*

[26] L’insinuation en cause selon laquelle M<sup>me</sup> Simpson serait [TRADUCTION] « tellement homophobe qu’elle tolérerait la violence contre les homosexuels » (motifs de première instance, par. 19 (je souligne; soulignement dans l’original omis)) est présentée comme une déduction (« tolérerait la violence ») tirée d’une prémisse factuelle (« homophobe »). Dans *Ross c. New Brunswick Teachers’ Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, par. 56, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a jugé à juste titre que le « commentaire » englobe [TRADUCTION] « les déductions, inférences, conclusions, critiques, jugements, remarques et observations, dont il est généralement impossible de faire la preuve ». Dans son traité *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), l’auteur Brown cite une abondante jurisprudence à l’appui de la thèse que des mots qui semblent être des déclarations de faits puissent être véritablement considérés à juste titre comme des commentaires. C’est particulièrement vrai d’éditoriaux relatifs à des débats, commentaires, campagnes médiatiques et discours publics de nature politique, dont les propos sont exprimés dans un langage familier, figuré ou hyperbolique (Brown, vol. 4, p. 27-317). Voir aussi R. D. McConchie et D. A. Potts, *Canadian Libel and Slander Actions* (2004), p. 340.



[27] The respondent on this appeal did not challenge the view that Mair's imputation, that Simpson "would condone violence toward gay people", was a comment not an imputation of fact (Factum, at para. 40). I agree that the "sting" of the libel was a comment and it would have been understood as such by Mair's listeners. "What is comment and what is fact must be determined from the perspective of a 'reasonable viewer or reader'" (*Ross, per Daigle C.J.N.B.*, at para. 62). Mair was a radio personality with opinions on everything, not a reporter of the facts. The applicable defence was fair comment. On that point, I agree with the trial judge.

### C. *The Test for Fair Comment*

[28] For ease of reference, I repeat and endorse the formulation of the test for the fair comment defence set out by Dickson J., dissenting, in *Cherneskey* as follows:

- (a) the comment must be on a matter of public interest;
- (b) the comment must be based on fact;
- (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment;
- (d) the comment must satisfy the following objective test: could any [person] honestly express that opinion on the proved facts?
- (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was [subjectively] actuated by express malice. [Emphasis added; emphasis in original deleted; pp. 1099-1100.]

(citing *Duncan and Neill on Defamation* (1978), at p. 62)

I note, parenthetically, that *Duncan and Neill* subsequently reformulated proposition (d) to say: "[C]ould any fair-minded man honestly express that opinion on the proved facts?"; *Duncan and Neill*

[27] L'intimée ne conteste pas en l'espèce l'opinion que l'imputation de M. Mair selon laquelle elle [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels » relève du commentaire et n'est pas une imputation de fait (mémoire, par. 40). Je conviens que l'« affront » du libelle était un commentaire et que les auditeurs de M. Mair l'auraient perçu comme tel. [TRADUCTION] « Il faut déterminer, du point de vue "de l'observateur ou du lecteur raisonnable" ce qui constitue un commentaire et ce qui constitue un fait » (*Ross, le juge en chef Daigle du N.-B.*, par. 62). M. Mair était un animateur de radio qui formulait des opinions sur tout, non un journaliste ayant pour mission de relater les faits. La défense applicable est celle du commentaire loyal. Sur ce point, je souscris à l'opinion de la juge de première instance.

### C. *Le critère applicable à la défense de commentaire loyal*

[28] Je fais miens et, pour plus de commodité, je reproduis à nouveau les éléments de la défense de commentaire loyal énoncés par le juge Dickson, dissident, dans *Cherneskey* :

- a) le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public;
- b) le commentaire doit être fondé sur des faits;
- c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire;
- d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés?
- e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était [subjectivement] animé par la malice. [Je souligne; italiques dans l'original omis; p. 1099-1100.]

(citant *Duncan and Neill on Defamation* (1978), p. 62)

Soulignons en passant que la proposition d) a depuis été reformulée dans *Duncan and Neill* et veut maintenant qu'on se demande si [TRADUCTION] « un esprit juste pouvait-il exprimer honnêtement cette

on *Defamation* (2nd ed. 1983), at p. 63 (emphasis added). In my respectful view, the addition of a qualitative standard such as “fair minded” should be resisted. “Fair-mindedness” often lies in the eye of the beholder. Political partisans are constantly astonished at the sheer “unfairness” of criticisms made by their opponents. Trenchant criticism which otherwise meets the “honest belief” criterion ought not to be actionable because, in the opinion of a court, it crosses some ill-defined line of “fair-mindedness”. The trier of fact is not required to assess whether the comment is a reasonable and proportional response to the stated or understood facts.

**D. *The Comment Must Be Based on Fact and Related to a Matter of Public Interest***

[29] The Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) argues that to bring the common law of defamation into compliance with the *Charter* requires “a presumption in favour of expressive activity”, so that a plaintiff ought to bear the initial onus of establishing that the defendant’s defamatory comment (i) is not a comment at all but a fact which must be proven or otherwise justified, or (ii) is not a comment on a question of public interest.

[30] I do not think a shift of onus on these points is required. In the first place, the *Charter* is about “expressive activity” but it also protects the dignity and worth of individuals, whose reputation may be their most valued asset. Plaintiffs must prove defamation to get their case on its feet. At that point, it is the media that seeks to excuse defamatory remarks on the basis that they are “comment” on a “matter of public interest”. Ordinary principles of litigation put the burden of proof on the party making the assertion (*Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. v. Baker*, [1926] S.C.R. 297). In any event, the onus on these two issues is relatively easy to discharge. The public interest is a broad concept. The cases establish that the notion of “comment” is generously interpreted. Putting the onus on the defendant in these respects is not too high a price

opinion vu les faits prouvés? » : *Duncan and Neill on Defamation* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 63 (je souligne). En toute déférence, j’estime qu’on ne devrait pas ajouter une norme qualitative comme celle d’un « esprit juste ». Ce qui est « juste » est souvent une question de perspective. En politique, les partisans d’un camp sont constamment abasourdis par l’« injustice » criante des critiques émanant de l’autre camp. Une critique acerbe qui satisfait par ailleurs aux critères de la « croyance honnête » ne devrait pas donner matière à procès parce que, de l’avis du tribunal, elle dépasse les bornes, mal définies, de ce qui est « juste ». Le juge des faits n’est pas tenu d’évaluer si le commentaire constitue une réponse raisonnable et proportionnelle aux faits tels qu’ils sont divulgués ou compris.

**D. *Le commentaire doit être factuellement fondé et porter sur une question d’intérêt public***

[29] Selon l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), pour faire concorder le droit en matière de diffamation avec la *Charte*, il faut instituer [TRADUCTION] « une présomption en faveur de l’activité expressive » de sorte qu’il incombe d’abord au demandeur d’établir que le commentaire diffamatoire du défendeur (i) n’est pas du tout un commentaire mais un fait qui doit être prouvé ou autrement justifié, ou (ii) n’est pas un commentaire sur une question d’intérêt public.

[30] Je ne crois pas qu’il faille déplacer le fardeau de la preuve sur ces points. Premièrement, la *Charte* protège « l’activité expressive », mais elle garantit également la dignité et la valeur des individus, dont la réputation peut être l’élément le plus précieux. Pour établir le bien-fondé de son recours, le demandeur doit prouver qu’il y a eu diffamation, et il appartient alors au média de justifier les remarques diffamatoires en établissant qu’elles constituent un « commentaire » sur une « question d’intérêt public ». Selon les règles ordinaires régissant les litiges, la preuve d’une affirmation incombe en effet à la personne qui la fait (*Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. c. Baker*, [1926] R.C.S. 297). De toute manière, il est relativement facile de s’acquitter du fardeau quant à ces deux questions. Le concept d’intérêt public est large.

to pay for a defamer to avoid legal liability for an allegation already found to have wronged the plaintiff's reputation.

### E. *Existence of a Factual Foundation*

[31] It is true that “[t]he comment must explicitly or implicitly indicate, at least in general terms, what are the facts on which the comment is being made”; Brown, vol. 2, p. 15-36, and *Gatley on Libel and Slander* (10th ed. 2004), at para. 12.12. What is important is that the facts be sufficiently stated or otherwise be known to the listeners that listeners are able to make up their own minds on the merits of Mair's editorial comment. If the factual foundation is unstated or unknown, or turns out to be false, the fair comment defence is not available (*Chicoutimi Pulp*, at p. 194).

[32] On this point, as mentioned, Southin J.A. concluded that there could be no “consideration of fair comment because there is no evidentiary foundation for a finding that the appellant would condone violence” (para. 43). Perhaps Southin J.A. meant that Mair's comment was too remote from the facts to which his listeners understood the comment related, or perhaps she concluded that Mair's factual premise that Kari Simpson was so deeply hostile to the gay community's initiative was unproven. Southin J.A. did not elaborate.

[33] In *Vander Zalm v. Times Publishers* (1979), 96 D.L.R. (3d) 172 (B.C.S.C.), the trial court gave judgment for the plaintiff, but the Court of Appeal, in reversing ((1980), 109 D.L.R. (3d) 531, at p. 536), observed that the trial judge held that the defence failed because the facts pleaded as the basis for the alleged comment “could not . . . fairly lead to the imputation arising from the cartoon” (emphasis added). The Court of Appeal held that on making this finding the judge applied the wrong test; the proper test being whether the comment made by

D'après la jurisprudence, la notion de « commentaire » doit recevoir une interprétation libérale. Le fardeau de preuve qui repose sur le défendeur ne constitue donc pas un prix démesuré à payer pour se dégager de la responsabilité juridique à l'égard d'une allégation diffamatoire jugée attentatoire à la réputation du demandeur.

### E. *L'existence du fondement factuel*

[31] Il est vrai que [TRADUCTION] « le commentaire doit explicitement ou implicitement indiquer, du moins d'une manière générale, quels sont les faits sur lesquels le commentaire est fondé »; Brown, vol. 2, p. 15-36, et *Gatley on Libel and Slander* (10<sup>e</sup> éd. 2004, par. 12.12. Ce qui importe, c'est que les faits soient suffisamment exposés ou soient autrement connus des auditeurs pour permettre à ceux-ci de se faire leur propre opinion de la valeur des commentaires éditoriaux de M. Mair. Si le fondement factuel n'est pas donné ou s'il est inconnu ou faux, la défense de commentaire loyal ne peut être invoquée (*Chicoutimi Pulp*, p. 194).

[32] Comme on l'a vu, la juge Southin a conclu, sur ce point, qu'on ne pouvait procéder à [TRADUCTION] « l'examen de la défense de commentaire loyal, car aucun élément de preuve ne permettait de conclure que l'appelante tolérerait la violence » (par. 43). Peut-être voulait-elle dire que le commentaire était trop éloigné des faits auxquels il se rapportait dans l'esprit des auditeurs, ou peut-être a-t-elle conclu que la prémisse factuelle de M. Mair — l'hostilité marquée de Kari Simpson à l'égard de l'initiative de la communauté homosexuelle — n'était pas démontrée, mais elle ne l'a pas précisé.

[33] Dans l'affaire *Vander Zalm c. Times Publishers* (1979), 96 D.L.R. (3d) 172 (C.S.C.-B.), le tribunal de première instance a rendu jugement en faveur de la demanderesse, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision ((1980), 109 D.L.R. (3d) 531, p. 536), faisant observer que le juge de première instance a écarté le moyen de défense parce que les faits présentés comme fondement du commentaire allégué [TRADUCTION] « ne pouvaient [.] à juste titre mener à l'imputation suggérée par la caricature » (je souligne). La Cour d'appel a conclu que le juge ne

the cartoon met the test of fair comment, which the evidence indicated that it did. The trial judge spoke of facts “fairly” giving rise to the comment, thereby introducing an unwelcome requirement of reasonableness and proportionality. Southin J.A. in the present case more prudently spoke of “no evidentiary foundation” (para. 43 (emphasis added)).

[34] I agree with Southin J.A. that a properly disclosed or sufficiently indicated (or so notorious as to be already understood by the audience) factual foundation is an important objective limit to the fair comment defence, but the general facts giving rise to the dispute between Mair and Simpson were well known to Mair’s listening audience, and were referred to in part in the editorial itself. Simpson’s involvement in the *Declaration of Family Values* was familiar to Mair’s audience. Her repeated invitations to her followers to pick up the phone and call talk shows and politicians assured her views a measure of notoriety (*Bartrop v. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637 (C.A.)). The respondent has offered no persuasive reason to justify the Court of Appeal’s interference with the trial judge’s conclusion that

the defence has established that every element of the factual foundation was either stated or publicly known; that Mair was aware of them all; and that they were all substantially true in the sense that they were true in so far as they go to the pith and substance of the opinion Mair expressed. [para. 61]

This provides a sufficient launching pad for the defence of fair comment.

#### F. *The Honest Belief Requirement*

[35] The respondent Simpson relies on this Court’s judgment in *Cherneskey*, for the proposition, as stated by Ritchie J., at p. 1081, that

s’est pas posé la bonne question pour arriver à cette conclusion; il fallait se demander si le commentaire émanant de la caricature remplissait les conditions d’un commentaire loyal. Il ressortait de la preuve que c’était le cas. Le juge de première instance avait parlé de faits donnant « à juste titre » naissance au commentaire, introduisant ainsi intempestivement une exigence de raisonnabilité et de proportionnalité. En l’espèce, la juge Southin a, plus prudemment, précisé qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucun élément de preuve » (par. 43 (je souligne)).

[34] Je conviens avec la juge Southin que l’existence d’un fondement factuel correctement exposé ou mentionné avec suffisamment de précision (ou assez notoire pour être déjà compris par l’auditoire) constitue une limite objective importante de la défense de commentaire loyal, mais les faits généraux à l’origine du litige opposant M. Mair et M<sup>me</sup> Simpson étaient bien connus des auditeurs de ce dernier et ils étaient mentionnés, du moins partiellement, dans l’éditorial lui-même. Les auditeurs de M. Mair savaient que M<sup>me</sup> Simpson avait participé à l’élaboration de la *Declaration of Family Values*. Les appels répétés qu’elle lançait à ses sympathisants pour qu’ils se fassent entendre dans des émissions-débats ou qu’ils téléphonent aux politiciens avaient valu à ses opinions une certaine notoriété (*Bartrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637 (C.A.)). L’intimée n’a présenté aucune raison convaincante justifiant l’infirmité par la Cour d’appel de la conclusion de la juge de première instance selon laquelle

[TRADUCTION] . . . la défense a établi que chaque élément du fondement factuel avait été divulgué ou qu’il était de notoriété publique, que M. Mair les connaissait tous et qu’ils étaient tous véridiques en substance, en ce sens que leur véracité se rapportait à l’essentiel de l’opinion exprimée par M. Mair. [par. 61]

Cela assure une assise suffisante à la défense de commentaire loyal.

#### F. *L’exigence de la croyance honnête*

[35] L’intimée invoque l’arrêt *Cherneskey* de la Cour et, plus particulièrement, l’affirmation suivante du juge Ritchie :

it is an essential ingredient to the defence of fair comment that it must be the honest expression of the writer's opinion . . . .

Simpson's argument on this point therefore runs as follows. Although the trial judge found Mair had an honest belief in the comment Mair *subjectively* thought he was making (that Simpson is a bigot), there was no evidence that he honestly believed the innuendo *imputed* to his words by the trial judge (that Simpson "would condone violence toward gay people"). On this view, if Mair had simply sworn that he honestly believed that Simpson condoned violence (leaving aside the debate about the ambiguity of the word "condoned"), he would have had a good defence. However, Mair undermined his own legal position (so goes the argument) by persisting at trial in talking about Simpson's alleged bigotry and intolerance with the result that he was never asked in chief or cross-examination about his honest belief in the pleaded innuendo that Simpson condoned violence. He stuck to his belief that "Kari Simpson is not a violent person". It seems to me that defamation proceedings will have reached a troubling level of technicality if the protection afforded by the defence of fair comment to freedom of expression ("the very lifeblood of our freedom") is made to depend on whether or not the speaker is prepared to swear to an honest belief in something he does not believe he ever said.

(1) Is There Still a Role for Honest Belief?

[36] Concern about the obvious anomalies in such a requirement has prompted the intervener CCLA to urge that "the honest belief requirement be eliminated" altogether (Factum, at para. 7), despite the description in *Cherneskey*, at p. 1082, of honesty of belief as the "cardinal test" of the defence of fair comment (Ritchie J. quoting Lord Denning in *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), at p. 503). I do not think abolition of the requirement of honest belief, however formulated,

. . . un élément essentiel de la défense fondée sur le commentaire loyal est qu'il doit s'agir de l'expression honnête de l'opinion de l'auteur . . . [p. 1081]

L'argument qu'elle développe sur ce point est donc le suivant : bien que la juge de première instance ait conclu que M. Mair croyait honnêtement les propos qu'il pensait *subjectivement* tenir (au sujet du fanatisme de M<sup>me</sup> Simpson), rien ne prouve qu'il croyait honnêtement les insinuations que la juge lui a *imputées* du fait de ses propos (que M<sup>me</sup> Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels »). Par conséquent, si M. Mair avait simplement déclaré sous serment qu'il croyait honnêtement que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence (sans entrer dans le débat relatif à l'ambiguïté du mot « *condone* » (tolérer)), il aurait disposé d'un moyen de défense valable, mais il a lui-même affaibli sa situation juridique (selon M<sup>me</sup> Simpson) en persistant, au procès, à faire des allégations au sujet du fanatisme et de l'intolérance de M<sup>me</sup> Simpson, si bien qu'on ne lui a posé aucune question en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire au sujet de sa croyance honnête dans l'insinuation que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence. Il s'en est tenu à sa croyance que [TRADUCTION] « Kari Simpson n'est pas une personne violente ». Je pense que les instances en diffamation auront atteint un degré de formalisme inquiétant si la protection de la liberté d'expression (« l'élément vital de notre liberté ») par la défense de commentaire loyal doit dépendre du fait que l'auteur des propos doit être disposé à affirmer sous serment qu'il croit honnêtement une chose qu'il estime n'avoir jamais dite.

(1) La croyance honnête a-t-elle encore un rôle à jouer?

[36] Inquiète des anomalies évidentes d'une telle prétention, l'intervenante ACLC a préconisé [TRADUCTION] « la suppression pure et simple de l'exigence de la croyance honnête » (mémoire, par. 7), bien que l'honnêteté de la croyance ait été décrite, dans *Cherneskey*, p. 1082, comme le « principal critère » de la défense de commentaire loyal (le juge Ritchie citant la décision de lord Denning dans *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), p. 503). Je ne pense pas que l'abolition

would be “incremental”. In *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, the Court said, at p. 670:

The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

Nor does the desire to evolve the common law to reflect *Charter* values require such a fundamental shift, in my opinion.

[37] The common law judges long ago decided that the *gravamen* of the defence of fair comment would not be the reasonableness or proportionality of the comment in relation to the facts (which would, of course, create stronger protection for the person defamed, but would depend in its application on the mental yardstick employed by a particular court) but whether the comment reflected honest belief. The intervener Media Coalition would substitute for honest belief the requirement that the relationship of the comment to the facts merely “be one of relevancy” (transcript, at p. 54). However, there is a world of difference between an attack made without honest belief and an attack whose relevance to the underlying facts may be disputed. By way of illustration, reference may be made to a famous exchange in the 1954 U.S. Senate Army-McCarthy Hearings when Joseph Welch, counsel to the U.S. army, denounced the scandal mongering Senator for a smear of one of Welch’s associates:

“. . . Let us not assassinate this lad further, Senator. You have done enough. Have you no sense of decency, sir, at long last? Have you left no sense of decency?” Welch then rose and walked from the room, which exploded in applause.

(G. R. Stone, “Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale” (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387, at p. 1402)

The effect of Welch’s dramatic departure would have been very different had he exited with the cry: “Have you left no sense of relevance?”

de l’exigence de la croyance honnête, peu importe sa formulation, constitue un « changement progressif ». Dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670, la Cour a déclaré :

Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société.

Je ne pense pas non plus que le désir de faire évoluer la common law en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte* exige un virage aussi fondamental.

[37] Il y a longtemps que les juges de common law ont décidé que le *fondement* de la défense de commentaire loyal serait non pas la raisonabilité ou la proportionnalité du commentaire par rapport aux faits (ce qui, naturellement, assurerait aux personnes diffamées une protection plus étendue, mais dont l’application dépendrait du système de référence de chaque tribunal), mais l’existence d’une croyance honnête. L’intervenante Coalition des médias substituerait à cette exigence celle de la simple [TRADUCTION] « pertinence » du commentaire par rapport aux faits (transcription, p. 54). Il y a toutefois un monde entre une attaque de mauvaise foi faite sans croyance honnête et une attaque dont la pertinence quant aux faits sous-jacents est contestable. Citons, à titre d’illustration, la scène célèbre survenue en 1954 au cours des audiences du sénat américain sur le conflit entre l’armée et le sénateur McCarthy, lorsque Joseph Welch, qui était l’avocat de l’armée, a dénoncé le sénateur comme un colporteur de ragots pour avoir dénigré un assistant de Welch :

[TRADUCTION] « . . . C’en est assez des attaques assassines contre ce jeune, Sénateur. Vous en avez assez dit. N’avez-vous plus aucun sens de la décence? Ne vous reste-t-il donc aucun sens de la décence? » Welch s’est alors levé et est sorti de la salle sous une salve d’applaudissements.

(G. R. Stone, « Free Speech in the Age of McCarthy : A Cautionary Tale » (2005), 93 *Cal. L. Rev.* 1387, p. 1402)

Cette sortie théâtrale de Welch aurait eu un tout autre effet s’il était parti en lançant : « Ne vous reste-t-il donc aucun sens de la pertinence? »

[38] The relevancy of the comment to the facts has long been part (but only part) of the fair comment test as is shown in paragraph (b) in Dickson J.'s list: see also *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), at p. 113. As Gaynor J. put it in *Howarth v. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (App. Div. 1906), at p. 459:

That such opinions or inferences are farfetched, high-strung, or severely moral, or contrary to other opinions or inferences that seem more reasonable, does not matter so long as there be a basis for them in the acts or words of the person who is the subject of such criticism.

[39] Of course it is true that the comment must have "a basis" in the facts, but a requirement that the comment be "supported by the facts", read strictly, might be thought to set the bar so high as to create the potential for judicial censorship of public opinion. Even the assessment of "relevance" has in the past misled courts into asking whether the facts "warranted" the comment, or whether the comment "fairly" arose out of the facts (*Vander Zalm*), or other such judgmental evaluations. Insistence on a court's view of reasonableness and proportionality was thought to represent too great a curb on free expression, but it was not too much to ask a defamer to profess an honest belief in his or her defamatory comment. If the speaker, however misguided, spoke with integrity, the law would give effect to freedom of expression on matters of public interest.

[40] "Honest belief", of course, requires the existence of a *nexus* or relationship between the comment and the underlying facts. Dickson J. himself stated the test in *Cherneskey* as "could any man honestly express that opinion on the proved facts" (p. 1100 (emphasis added)). His various characterizations of "any man" show the intended broadness of the test, i.e. "however prejudiced he may be, however exaggerated or obstinate his views" (p. 1103, citing *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), at p. 281). Dickson J. also agreed with the comment in an earlier case that the operative

[38] La pertinence d'un commentaire compte tenu des faits constitue depuis longtemps un élément (sans en être le seul) de la défense de commentaire loyal, comme il ressort de l'al. b) de la liste établie par le juge Dickson : voir aussi *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), p. 113. Comme le juge Gaynor l'a indiqué dans *Howarth c. Barlow*, 99 N.Y.S. 457 (App. Div. 1906), p. 459 :

[TRADUCTION] Il importe peu que ces opinions soient farfelues, véhémentes ou d'un rigorisme extrême, ou qu'elles soient contraires à d'autres opinions ou conclusions paraissant plus raisonnables, pourvu qu'elles aient une assise dans les actions ou les paroles de la personne qui en fait l'objet.

[39] Certes, il est vrai que le commentaire doit « se fonder » sur les faits, mais l'exigence que le commentaire soit « étayé par les faits », interprétée strictement, pourrait être perçue comme une norme tellement rigoureuse qu'elle rendrait possible la censure judiciaire de l'opinion publique. Même l'appréciation de la « pertinence » a, par le passé, induit les tribunaux en erreur en les amenant à se demander si les faits « justifiaient » le commentaire ou si celui-ci [TRADUCTION] découlait « à juste titre » des faits (*Vander Zalm*), ou à porter des jugements similaires. On croyait que l'insistance sur l'opinion d'un juge sur la raisonnable et la proportionnalité freinerait trop la liberté d'expression, mais il n'était pas exagéré de demander au difamateur de croire son commentaire diffamatoire. Si l'auteur des propos, si malavisé soit-il, a parlé avec intégrité, la loi donnerait effet à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt public.

[40] La « croyance honnête » exige naturellement l'existence d'un *lien* ou d'une relation entre le commentaire et ses faits sous-jacents. Le juge Dickson a lui-même énoncé ce critère dans *Cherneskey* en ces mots : « pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? » (p. 1100 (je souligne)). Les différents qualificatifs qu'il utilise pour décrire la personne visée par le pronom « on » témoignent de son intention de donner une portée étendue à ce critère, c.-à-d. [TRADUCTION] « quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions » (p. 1103, citant *Merivale c.*

concept was “honest” rather than “fair” lest some suggestion of reasonableness instead of honesty should be read in” (p. 1104).

[41] There is a further practical objection to the proposal of the CCLA and the Media Coalition to eliminate altogether the honest belief requirement. By way of explanation to a jury of what is meant by the test of whether the comment is based on relevant or true facts, the court would have to warn the jury not to embark on a reasonableness inquiry. An effective way of explaining to the jury how the necessary connection between the comment and the facts is to be established would be to tell them to ask themselves the question: Could any person honestly express that opinion on the proved facts? We would therefore be back at the point of departure.

## (2) The Cherneskey Case

[42] Curiously, *Cherneskey* also involved a strange debate over the role and function of “honest belief”. In that case, a couple of law students had written a provocative letter to the editor of the *Saskatoon Star-Phoenix* which was found to have libelled a city alderman as a racist. The newspaper published the letter but its publisher testified at trial that he did not agree with its contents. The letter writers were not called to testify. In the absence of any evidence from anybody associated with its publication that the letter represented his, her or its “honest belief”, it was held in this Court by a 6-3 majority that the defence of fair comment was not available because the newspaper offered no proof that the defamatory opinions were “honestly held” by the actual writers. Dickson J., dissenting, pointed out with justice that

Newspapers will not be able to provide a forum for dissemination of ideas if they are limited to publishing opinions with which they agree. . . . The integrity of a newspaper rests not on the publication of letters with which it is in agreement, but rather on the publication of

*Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), p. 281). Le juge Dickson a également souscrit à l’observation formulée dans une décision antérieure, selon laquelle le terme déterminant devrait être « honnête » plutôt que « loyal » de crainte qu’on n’y trouve la notion du raisonnable plutôt que celle d’honnêteté » (p. 1104).

[41] Une autre considération pratique joue en défaveur de la proposition de l’ACLC et de la Coalition des médias de supprimer purement et simplement l’exigence de la croyance honnête. En expliquant au jury ce que signifie le critère voulant que le commentaire s’appuie sur des faits pertinents ou authentiques, le tribunal devrait l’avertir de ne pas entreprendre d’en apprécier la raisonabilité. Une explication efficace de la façon d’établir le lien nécessaire entre le commentaire et les faits consisterait à lui demander de déterminer si on pouvait exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés. On se retrouverait alors au point de départ.

## (2) L’arrêt Cherneskey

[42] Curieusement, l’affaire *Cherneskey* avait elle aussi donné lieu à un étrange débat sur le rôle et la fonction de la « conviction honnête ». Deux étudiants en droit avaient envoyé au rédacteur du *Star-Phoenix* de Saskatoon une lettre provocante jugée diffamatoire, car on considérait qu’elle accusait un conseiller municipal de racisme. Le journal avait publié la lettre, mais l’éditeur avait témoigné qu’il ne souscrivait pas au contenu de celle-ci. Les auteurs de la lettre n’ont pas été appelés à témoigner. Dans un jugement rendu à 6 contre 3, la Cour a statué que, en l’absence de tout élément de preuve établissant que la lettre exprimait la « conviction honnête » d’une personne liée à sa publication, la défense de commentaire loyal ne pouvait être invoquée, car le journal n’avait pas prouvé que l’opinion diffamatoire exprimée était « honnêtement » celle de ses véritables auteurs. Dans ses motifs dissidents, le juge Dickson a signalé à juste titre :

Les journaux ne pourront servir de tribune pour la diffusion des idées s’ils ne peuvent publier que les opinions auxquelles ils souscrivent. [. . .] L’intégrité d’un journal repose non pas sur la publication de lettres avec lesquelles il est d’accord, mais plutôt sur la



letters expressing ideas to which it is violently opposed. [p. 1097]

[43] The Dickson J. test may be thought to marginalize the “honest belief” requirement, as it is possible to imagine most silly or ridiculous opinions finding a home somewhere in the minds of silly or ridiculous people. However, his dissent was really driven by an appreciation that the originator and the publisher of a defamatory comment play different roles. Nobody expects the newspaper publisher personally to have an honest belief in all of the contradictory opinions expressed on a “letters to the editor” page, much of it inspired by disagreement with something the newspaper itself has said in an editorial. Dickson J. was responding to the need to protect free expression on matters of public interest in a democratic society.

[44] Nevertheless, it remains true that an effective way to establish that somebody could “honestly express that opinion on the proved facts” is to call the defamer (if available) to establish that he or she *did* indeed express an honest belief. As the philosopher Bertrand Russell once observed with suitable gravity, the existence of a thing is absolute proof of its possibility.

[45] Other complexities of the “honest belief” requirement emerge in the present appeal. Mair’s editorial about Kari Simpson clearly defamed her. Attributing to Simpson bigotry of a type associated with Hitler and a couple of notoriously racist Governors in the Southern United States at the height of the desegregation crisis would, I think, tend to lower her in the opinion of right-thinking people (some might call it a “smear”), and the appellants were right to concede the point in this Court. That being the case, it was entirely proper to have Mair go into the witness box to affirm his honest belief in what he had said about her. Yet that was not the end of the issue.

[46] The trial judge found a difference between what Mair subjectively intended to say (Simpson

publication de lettres qui exposent des idées qu’il combat. [p. 1097])

[43] On peut penser que le critère formulé par le juge Dickson exclut l’exigence de la « conviction honnête », car il est possible d’imaginer que les opinions les plus stupides ou ridicules se retrouvent dans l’esprit de gens stupides ou ridicules. Ses motifs dissidents étaient toutefois réellement motivés par la reconnaissance que l’auteur et l’éditeur du commentaire diffamatoire jouent des rôles différents. Personne ne s’attend à ce que l’éditeur du journal croie honnêtement toutes les opinions contradictoires exprimées dans la rubrique des « Lettres au rédacteur », dont la plupart représentent le désaccord des lecteurs à l’égard de ce que le journal a dit dans un éditorial. Le juge Dickson réagissait à la nécessité de protéger la liberté de s’exprimer sur des questions d’intérêt public dans une société démocratique.

[44] Il reste qu’une façon efficace d’établir qu’une personne pouvait « exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés » consiste à demander au diffamateur (s’il est disponible) d’établir qu’il a *effectivement* exprimé une croyance honnête. Comme le philosophe Bertrand Russell l’a fait observer avec la gravité qui convient, l’existence d’une chose est la preuve absolue de sa possibilité.

[45] D’autres difficultés que présente l’exigence de la « croyance honnête » ressortent du présent pourvoi. Il est clair que l’éditorial de M. Mair sur Kari Simpson la diffamait. Je pense que le fait d’attribuer à M<sup>me</sup> Simpson le type de fanatisme associé à Hitler et à quelques gouverneurs du sud des États-Unis notoirement racistes au plus fort de la crise de la déségrégation pouvait tendre à la diminuer dans l’estime des personnes sensées (certains pourraient appeler cela du dénigrement), et les appelants ont bien fait de le concéder devant la Cour. Ainsi, il était tout à fait légitime de demander à M. Mair de témoigner devant le tribunal qu’il croyait honnêtement ce qu’il avait dit au sujet de M<sup>me</sup> Simpson. Pourtant ce n’était pas la fin du problème.

[46] La juge de première instance a constaté une différence entre ce que M. Mair voulait

is a bigot) and objectively what he is taken to have said (Simpson would condone violence). The gap between the intended meaning and what the court determined to be the effect Mair's words conveyed to reasonable members of the audience has important implications. On the test of *subjective* honest belief applied by the Court of Appeal, Mair would be robbed of his defence, even though on the public record someone could honestly express the view *imputed* to him that Simpson "would condone violence toward gay people", and thus the objective honest belief test would be met.

[47] It may be noted that such circumstances are not uncommon. In much modern media, personalities such as Rafe Mair are as much entertainers as journalists. The media regularly match up assailants who attack each other on a set topic. The audience understands that the combatants, like lawyers or a devil's advocate, are arguing a brief. What is important in such a debate on matters of public interest is that all sides of an issue are forcefully presented, although the limitation that the opinions must be ones that could be "honestly express[ed] . . . on the proved facts" provides some boundary to the extent to which private reputations can be trashed in public discourse.

[48] Of course the law must accommodate commentators such as the satirist or the cartoonist who seizes on a point of view, which may be quite peripheral to the public debate, and blows it into an outlandish caricature for public edification or merriment. Their function is not so much to advance public debate as it is to exercise a democratic right to poke fun at those who huff and puff in the public arena. This is well understood by the public to be their function. The key point is that the nature of the forum or the mode of expression is such that the audience can reasonably be expected to understand that, on the basis of the facts as stated or sufficiently indicated to them, or so generally notorious as to be understood by

subjectivement dire (M<sup>me</sup> Simpson est une fanatique intolérante) et la signification objective de ses propos (M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence). L'écart entre ce que M. Mair voulait dire et l'effet que, selon la cour, ses paroles ont eu sur les personnes sensées de son auditoire a des conséquences importantes. Selon le critère de la croyance honnête *subjective* appliquée par la Cour d'appel, M. Mair aurait été privé de son moyen de défense, même si d'après les faits connus on pouvait honnêtement exprimer l'opinion qui lui est *imputée*, soit que M<sup>me</sup> Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels », ce qui satisferait au critère objectif de la croyance honnête.

[47] Il convient de noter que ces circonstances ne sont pas rares. Dans beaucoup de médias modernes, des personnalités comme Rafe Mair font autant de divertissement que de journalisme. Il arrive souvent que les médias présentent des joutes où s'affrontent les tenants de deux positions opposées concernant un sujet donné. L'auditoire comprend que les combattants, comme des avocats ou un avocat du diable, défendent une position dans une affaire. L'important dans un tel débat sur des sujets d'intérêt public est que tous les aspects de la question sont présentés avec force, bien que la restriction selon laquelle les opinions doivent être de celles qu'on pourrait « exprimer honnêtement [. . .] vu les faits prouvés » limite la mesure dans laquelle il est possible, dans un discours public, de ternir des réputations privées.

[48] Le droit doit bien sûr tenir compte de commentateurs comme le satiriste ou le caricaturiste, qui sautent sur un point de vue, lequel peut être seulement accessoire au débat public, et le gonflent hors de toute proportion dans une caricature outrancière pour informer ou faire rire le public. Leur fonction n'est pas tant de faire progresser le débat public que d'exercer le droit démocratique de se moquer des gens qui protestent dans l'arène publique. La population comprend parfaitement que c'est là leur fonction. L'essentiel c'est qu'on puisse raisonnablement s'attendre, de par la nature de la tribune ou le mode d'expression, que les membres de l'auditoire comprennent, vu les faits qui leur ont été exposés ou mentionnés avec suffisamment de

them, the comment is made tongue-in-cheek so as to lead them to discount its “sting” accordingly. In *Cherneskey*, Dickson J. emphasized that “the objective limits of fairness [i.e. fair comment] are very wide” (p. 1109). The accuracy of this observation is born out in *Vander Zalm* where the defendant, a political cartoonist, had drawn a cartoon of the plaintiff, a Cabinet Minister then holding the office of Minister of Human Resources in British Columbia, which appeared on the editorial page of the *Victoria Times*. The cartoon, which was uncaptioned, depicted the plaintiff William Vander Zalm with an evil grin on his face, seated at a table, and engaged in plucking the wings from a fly. Other flies, without wings, were shown moving around on the table. On the plaintiff’s lapel were inscribed the words “HUMAN RESOURCES”. The Court of Appeal found that both the cartoonist and the *Victoria Times* publisher had satisfied the “honest belief” test.

(3) The Test Is Whether Anyone Could Honestly Have Expressed the Defamatory Comment on the Proven Facts

[49] The test represents a balance between free expression on matters of public interest and the appropriate protection of reputation against damage that exceeds what is required to fulfill free expression requirements. The objective test is now widely used in common law jurisdictions as the “honest belief” component of fair comment, including the United Kingdom: *Telnikoff v. Matusevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952 (H.L.), quoting with approval Dickson J.’s dissent, at p. 959. In Australia, the High Court recently affirmed a similar approach; see the observation of Gleeson C.J.:

The protection from actionability which the common law gives to fair and honest comment on matters of public interest is an important aspect of freedom of speech. In this context, “fair” does not mean objectively reasonable. The defence protects obstinate, or foolish, or offensive statements of opinion, or inference, or judgment, provided certain conditions are satisfied. The

précision ou assez notoires pour qu’ils les connaissent déjà, que ce commentaire est ironique et qu’ils ne doivent donc pas prendre « l’affront » vraiment au sérieux. Dans *Cherneskey*, le juge Dickson a souligné que « les limites objectives de la loyauté [c.-à-d. du commentaire loyal] sont très larges » (p. 1109). L’exactitude de cette affirmation s’est confirmée dans l’affaire *Vander Zalm* où le défendeur, caricaturiste politique, a dessiné une caricature du demandeur, alors ministre des Ressources humaines de la Colombie-Britannique, qui a été publiée à la page de l’éditorial du *Victoria Times*. On voyait sur la caricature, sans légende, le demandeur William Vander Zalm, arborant un large sourire, assis à une table, s’amusant à arracher les ailes à une mouche. D’autres mouches, sans ailes, bougeaient sur la table. Sur le revers du veston du demandeur figurait l’inscription « RESSOURCES HUMAINES ». La Cour d’appel a conclu que le caricaturiste et l’éditeur du *Victoria Times* satisfaisaient au critère de la « croyance honnête ».

(3) Le critère applicable consiste à déterminer si on pouvait honnêtement exprimer le commentaire diffamatoire vu les faits prouvés

[49] Ce critère concilie la liberté d’expression sur des questions d’intérêt public et une protection adéquate de la réputation contre le préjudice qui lui est causé en sus de ce qui est nécessaire au respect de la liberté d’expression. Ce critère objectif est maintenant largement utilisé dans les ressorts de common law comme la composante « croyance honnête » de la défense du commentaire loyal, notamment au Royaume-Uni : *Telnikoff c. Matusevitch*, [1991] 3 W.L.R. 952 (H.L.), p. 959, citant avec approbation la dissidence du juge Dickson. En Australie, la Haute Cour a récemment approuvé une démarche semblable; voir la remarque formulée par le juge en chef Gleeson :

[TRADUCTION] La protection contre la possibilité d’une poursuite offerte par la common law au commentaire loyal et honnête sur des questions d’intérêt public constitue un aspect important de la liberté d’expression. Dans ce contexte, le qualificatif « loyal » ne signifie pas objectivement raisonnable. Le moyen de défense protège une opinion, une déduction ou un jugement

word “fair” refers to limits to what any honest person, however opinionated or prejudiced, would express upon the basis of the relevant facts.

(*Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. v. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60, at para. 3 (emphasis added))

In New Zealand, the objective test at common law has now been replaced by a more subjective test in the *Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105, s. 10. See generally B. Marten, “A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand” (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127; *Mitchell v. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766 (C.A.).

[50] Admittedly, the “objective” test is not a high threshold for the defendants to meet, but nor is it in the public interest to deny the defence to a piece of devil’s advocacy that the writer may have doubts about (but is quite capable of honest belief) which contributes to the debate on a matter of public interest.

[51] Of course, even the latitude allowed by the “objective” honest belief test may be exceeded. “Comment must be relevant to the facts to which it is addressed. It cannot be used as a cloak for mere invective”; *Reynolds*, at p. 615.

(4) “Malice” Does Not Provide an Adequate Substitute for the Honest Belief Component of the Fair Comment Defence

[52] As usual, the debate is about onus:

It is difficult to know whether malice is an element to be considered independently of the issue of fairness, and thus a matter which the plaintiff must prove to defeat the defence of fair comment, or to be treated as part of the issue of fairness, which the defendant must prove in order to establish that element of the defence. . . . [I]f the issue is treated as one which goes to the question of fairness, the defendant has the burden of showing it was

extrêmes, insensés ou offensants, pourvu que certaines conditions soient remplies. Le terme « loyal » renvoie aux limites de ce qu’une personne honnête, si entêtée soit-elle dans ses opinions et ses préjugés, exprimerait à partir des faits pertinents.

(*Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. c. Manock* (2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60, par. 3 (je souligne))

En Nouvelle-Zélande, le critère objectif de la common law a maintenant été remplacé par un critère plus subjectif établi à l’art. 10 de la *Defamation Act 1992* (N.Z.), 1992, No. 105. Voir en général B. Marten, « A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand » (2005), 36 *V.U.W.L.R.* 127; *Mitchell c. Sprott*, [2002] 1 N.Z.L.R. 766 (C.A.).

[50] Il faut reconnaître que ce critère « objectif » n’oblige pas les défendeurs à satisfaire à une norme très sévère, mais il n’est pas non plus dans l’intérêt public de soustraire à ce moyen de défense les propos d’un avocat du diable à l’égard desquels il peut entretenir des doutes (tout en étant vraiment capable de les croire honnêtement) mais qui contribuent au débat sur une question d’intérêt public.

[51] Même la latitude qu’offre le critère « objectif » de la croyance honnête n’est évidemment pas illimitée. [TRADUCTION] « Le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu’il vise. Il ne peut servir à masquer la simple invective »; *Reynolds*, p. 615.

(4) La « malveillance » n’est pas un substitut approprié à l’élément de la défense de commentaire loyal que constitue la croyance honnête

[52] Comme d’habitude, le débat porte sur le fardeau de la preuve :

[TRADUCTION] Il est difficile de savoir si la malveillance doit s’examiner indépendamment du caractère loyal et si elle constitue, de ce fait, un élément que le demandeur doit prouver pour faire échouer la défense de commentaire loyal ou si elle doit être considérée comme un aspect du caractère loyal, que le défendeur doit démontrer pour établir cet élément de sa défense. [. . .] [S]i la question est vue comme un élément du

fair. This latter position appears to have gained some acceptance in Ontario.

(Brown, at p. 15-101)

At this point in the analysis, the comment will have been found to be defamatory and the defendant is scrambling for a defence. Interveners supporting the media suggested that “honest belief”, however formulated, should be pushed into the analysis of malice, where the plaintiff bears the onus of proof. Such an approach would disproportionately favour the media, in my view. Proof of malice on the part of the media is generally very difficult. The media are well-resourced, secretive about their inner workings and highly protective of their confidential sources. At the same time, as many in the U.S. media have come to learn since *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), putting the judicial spotlight on journalistic operations in a malice enquiry (that is now the fulcrum of a libel case against a public figure) may not be in *anyone’s* interest. I would therefore affirm the present allocation of proof whereby the defendant must prove the elements of the fair comment defence (including the objective honest belief requirement) before the onus switches back to the plaintiff to defeat the defence by establishing, if it can, malice on the part of the defendant(s).

[53] Some commentators have suggested that proof of honest belief negates the possibility of a finding of malice. This is not necessarily true. If a defendant relies on *objective* honest belief the defence can still be defeated by proof that *subjective* malice was the dominant motive of the particular comment.

#### G. Applying the Law of Fair Comment to the Facts of This Case

[54] In a lengthy and careful judgment, the trial judge dealt with the issues in an appropriate sequence:

caractère loyal, la preuve incombe au défendeur. Cette dernière position semble faire des adeptes en Ontario.

(Brown, p. 15-101)

À ce point de l’analyse, le commentaire aura été jugé diffamatoire, et le défendeur doit se trouver une défense. Les intervenants favorables aux médias ont avancé que, quelle que soit sa formulation, la « croyance honnête » doit être intégrée à l’analyse de la malveillance, dans le cadre de laquelle le fardeau de la preuve incombe au demandeur. Selon moi, cette approche favoriserait démesurément les médias. La malveillance des médias est généralement très difficile à établir. Les médias bénéficient de ressources importantes, ne dévoilent pas publiquement leurs rouages internes et protègent jalousement leurs sources confidentielles. Par ailleurs, comme beaucoup de médias américains l’ont appris depuis l’affaire *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), attirer l’attention des tribunaux sur les activités journalistiques à l’occasion d’une enquête sur la malveillance (qui est maintenant le pivot d’une action pour libelle contre un personnage public) ne sert peut-être l’intérêt de *personne*. Je suis donc d’avis de confirmer la répartition actuelle du fardeau de la preuve qui oblige le défendeur à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal (y compris l’exigence de croyance honnête) avant de revenir au demandeur à qui il incombera d’écarter ce moyen de défense en établissant la malveillance du défendeur, lorsqu’il lui est possible de le faire.

[53] Selon certains commentateurs, la preuve de la croyance honnête écarte la possibilité de conclure à la malveillance. Ce n’est pas nécessairement vrai. Si le défendeur invoque la croyance honnête *objective*, la preuve que le commentaire en question était principalement motivé par une malveillance *subjective* peut encore faire échec à la défense.

#### G. Application des principes de la défense de commentaire loyal aux faits de l’espèce

[54] Dans un jugement étoffé et minutieux, la juge de première instance a examiné les questions dans l’ordre convenable :

(1) What Is the Defamatory Meaning of the Words Complained of, in Their Full Context?

[55] At common law, the judge is to make a legal determination “whether there is a case or an issue to go to the jury” by deciding if the words are “capable of being a statement of a fact or facts”. It is then “for the jury to decide as to what is fact and what is comment” (Court of Appeal reasons, at para. 42, citing *Jones v. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362 (P.C.), at pp. 1379-80). As pointed out by the intervenor British Columbia Civil Liberties Association, “the judge’s role in that test is a response to concerns about freedom of expression” (Factum, at para. 34).

[56] The “full context” is important. While argument in this Court largely focussed on the innuendo that Simpson “would condone violence toward gay people”, the broader analysis of the trial judge left no doubt about her view of the “[u]nwholesome virulence” (para. 78) of the editorial taken as a whole. The appellants argue that in assessing meaning, the Court is to consider what reasonable and right-thinking listeners would understand. The Court is to avoid putting the worst possible meaning on the words: *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), at pp. 106-7, and *Scott v. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124, at paras. 13-15. However, both courts below found that Mair’s editorial about Simpson was defamatory. This is a mixed question of law and fact. There is no reason to interfere with that conclusion. It is plainly correct.

(2) Do the Words Complained of Relate to a Matter of Public Interest?

[57] The public debate about the inclusion in schools of educational material on homosexuality clearly engages the public interest. As the Ontario Court of Appeal recognized over a century ago in words that apply equally to the case on appeal,

(1) Quel sens diffamatoire ont les mots reprochés, pris dans la totalité du contexte?

[55] En common law, le juge doit décider [TRADUCTION] « s’il soumet une preuve ou une question au jury » en déterminant si les mots « peuvent constituer un énoncé de faits ». Il appartient alors « au jury de décider ce qui constitue un fait et ce qui constitue un commentaire » (motifs de la Cour d’appel, par. 42, citant *Jones c. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362 (C.P.), p. 1379-1380). Comme l’a souligné l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association, [TRADUCTION] « le rôle du juge à l’égard de ce critère répond aux préoccupations concernant la liberté d’expression » (mémoire, par. 34).

[56] La « totalité du contexte » revêt de l’importance. Bien que, devant la Cour, le débat ait en grande partie porté sur l’insinuation que M<sup>me</sup> Simpson « tolérerait la violence contre les homosexuels », l’analyse globale de la juge de première instance ne laisse subsister aucun doute sur son opinion que l’éditorial dans son ensemble était d’une [TRADUCTION] « virulence malsaine » (par. 78). Les appelants font valoir que, pour établir le sens, le tribunal doit tenir compte de ce que des auditeurs raisonnables et sensés comprendraient. Il doit également éviter de donner aux mots leur pire sens (*Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), p. 106-107, et *Scott c. Fulton* (2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124, par. 13-15). Toutefois, les deux tribunaux d’instance inférieure ont conclu que l’éditorial sur M<sup>me</sup> Simpson était diffamatoire. Il s’agit là d’une question mixte de droit et de fait. Il n’y a aucune raison d’intervenir. Il est clair que la conclusion est correcte.

(2) Les mots reprochés se rapportent-ils à un sujet d’intérêt public?

[57] Le débat public sur l’utilisation de matériel scolaire traitant de l’homosexualité relève clairement de l’intérêt public. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a indiqué, il y a plus d’un siècle, en des termes qui s’appliquent aussi en l’espèce :

“[w]hoever seeks notoriety, or invites public attention, is said to challenge public criticism; and [s]he cannot resort to the law courts, if that criticism be less favorable than [s]he anticipated” (*Macdonell v. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270, at p. 272).

(3) Are the Words and the Defamatory Meaning More Likely to Be Understood, in Context, as Comment Rather Than Fact?

[58] The trial judge, after reviewing the editorial as a whole, concluded:

The facts in those statements which are clearly facts are: 1) that Kari was on Bill Good’s show last Friday; and 2) that she did speak to a rally the night before. These facts were true. There is no other sentence or statement or phrase which would be understood to be a matter of fact, and the language in which it is couched is such that it is clearly opinion. [Emphasis added; para. 44.]

For reasons stated earlier, I agree with this conclusion.

(4) Are the Facts Relating to the Comment Substantially True or Privileged?

[59] The law requires the comment be based on a sufficient substratum of facts to anchor the defamatory comment: *Vander Zalm*, Court of Appeal reasons, at p. 536; and *Ross*, at paras. 73, 78 and 83. This is another mechanism to prevent tenuous facts serving as a springboard for defamatory comment, which, in my view, would be the danger of the “relevance” test proposed by the CCLA. Simpson does not dispute the contents or tone of her speeches in the court record. In my view, as in the view of the trial judge, the factual substratum exists.

(5) Did the Defendants Mair and WIC Radio Ltd. Satisfy the Honest Belief Requirement?

[60] Mair testified as to his subjective honest belief in what he intended to say, but acknowledged

[TRADUCTION] « Celui qui recherche la notoriété ou attire sur lui l’attention publique s’expose aux critiques publiques, et il ne peut recourir aux tribunaux si la critique est moins favorable qu’il ne l’escomptait » (*Macdonell c. Robinson* (1885), 12 O.A.R. 270, p. 272).

(3) Les mots et leur sens diffamatoire, pris dans leur contexte, sont-ils plus susceptibles d’être perçus comme un commentaire et non comme un fait?

[58] Après avoir examiné tout l’éditorial, la juge de première instance a conclu :

[TRADUCTION] Les faits mentionnés dans ces déclarations qui sont clairement des faits sont : 1) Kari était à l’émission de Bill Good le vendredi d’avant; et 2) elle avait pris la parole à un rassemblement la veille. Ces faits sont vrais. Aucune autre phrase, déclaration ou expression ne serait perçue comme factuelle, et d’après les termes employés il s’agit clairement d’une opinion. [Je souligne; par. 44.]

Pour les motifs déjà exposés, je souscris à cette conclusion.

(4) Les faits sur lesquels porte le commentaire sont-ils substantiellement vrais ou donnent-ils lieu à une immunité?

[59] Le droit exige que le commentaire diffamatoire repose sur un fondement factuel suffisant : *Vander Zalm*, motifs de la Cour d’appel, p. 536, et *Ross*, par. 73, 78 et 83. Il s’agit là d’un autre mécanisme visant à empêcher que des faits tenus servent de tremplin à un commentaire diffamatoire, ce qui serait, selon moi, le danger du critère de pertinence proposé par l’ACLC. M<sup>me</sup> Simpson ne conteste pas la présentation faite du contenu ou du ton de ses discours dans le dossier de la cour. Comme la juge de première instance, j’estime qu’il existe un fondement factuel.

(5) Les défendeurs M. Mair et WIC Radio Ltd. satisfont-ils à l’exigence de la croyance honnête?

[60] M. Mair a confirmé sa croyance honnête subjective en ce qu’il avait l’intention de dire, mais

that he did *not* honestly believe that Simpson would condone violence. Notwithstanding the absence of a subjective honest belief that Simpson would condone violence, Mair and WIC Radio, like the newspaper publisher in *Cherneskey*, were entitled to rely on the objective test, i.e. could any person honestly have expressed the innuendo that Simpson would condone violence toward gay people on the proven facts? As mentioned earlier, Simpson's public speeches were full of references to "war . . . [where] the spoils turn out to be our children", "militant homosexuals", "[w]ar, you shoot, they shoot" and so on. Simpson's use of violent images could support an honest belief on the part of at least some of her listeners that she "would condone violence toward gay people", even though Mair denied that he intended to impute any such meaning.

[61] The respondent, Simpson, emphasizes the distinction taken by the B.C. Court of Appeal between what Mair thought he was saying (that Simpson was a non-violent person whose loose words inadvertently opened the door to less peaceable individuals to resort to violence) and the specific defamatory imputation that was found to have arisen from the words Mair used (i.e. that Simpson "would condone violence toward gay people"). It makes little sense to deny the defence of fair comment to a speaker whose opinion has been misunderstood, even if carelessness in the use of words is the source of the misunderstanding. The Court of Appeal framed the issue as follows: "Is it the law that to succeed in the defence of fair comment, the defendant must honestly believe in the imputation, . . . or need he only have an honest belief in what he himself subjectively intended by the words which he used?" (para. 37). In its view, the former requirement applied. I do not think the "either/or" question of the Court of Appeal exhausts the possibilities. On the contrary, I think the proper question is whether the defamatory imputation that Kari Simpson "would condone violence toward gay people" is an opinion that could be held by an honest person in the circumstances.

il a reconnu *ne pas* croire honnêtement que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence. Malgré l'absence de croyance honnête subjective que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence, M. Mair et WIC Radio, comme l'éditeur du journal dans *Cherneskey*, avaient le droit de se fonder sur le critère objectif, à savoir pouvait-on exprimer honnêtement l'insinuation que M<sup>me</sup> Simpson tolérerait la violence contre les homosexuels vu les faits prouvés? Comme je l'ai déjà indiqué, les discours de M<sup>me</sup> Simpson étaient remplis de références à la guerre [TRADUCTION] « une guerre [ . . . ] Et le butin, ce sont nos enfants », « militants homosexuels », « C'est la guerre, vous tirez, ils tirent », et ainsi de suite. Les images violentes auxquelles elle avait recours pourraient fonder, du moins chez certaines personnes de son auditoire, la croyance honnête qu'elle « tolérerait la violence contre les homosexuels », même si M. Mair a nié avoir voulu dire une telle chose.

[61] L'intimée, M<sup>me</sup> Simpson, insiste sur la distinction que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établie entre ce que M. Mair pensait dire (que M<sup>me</sup> Simpson était une personne non violente dont les propos inconsidérés pouvaient inciter par inadvertance des personnes moins paisibles à recourir à la violence) et l'imputation diffamatoire que les propos de M. Mair avaient fait naître, d'après la juge de première instance, (à savoir que M<sup>me</sup> Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence contre les homosexuels »). Il n'est pas très logique de refuser à l'auteur d'une opinion mal comprise le droit d'invoquer la défense de commentaire loyal, même si la méprise découle d'une imprudence dans le choix des mots. La Cour d'appel a formulé ainsi la question : [TRADUCTION] « Faut-il que le défendeur croie honnêtement à l'imputation pour que sa défense de commentaire loyal soit accueillie [ . . . ] ou suffit-il qu'il croie honnêtement à ce que lui-même voulait subjectivement dire par les termes qu'il a employés? » (par. 37). Selon elle, c'est la première exigence qui s'appliquait. Je ne crois pas que l'alternative formulée par la Cour d'appel épuise toutes les possibilités. Au contraire, je pense qu'il faut plutôt se demander si l'imputation diffamatoire selon laquelle Kari Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence envers les homosexuels » est une opinion qui pouvait être honnêtement exprimée dans les circonstances.



[62] The trial judge concluded that Mair honestly believed what he thought he had said:

I consider that Mair was on a “campaign” to expose what Mair believed were Simpson’s “irresponsible” statements and speeches against the teaching of tolerance of a homosexual lifestyle in public schools. This, together with the overall content of the defamatory editorial, is evidence supporting a finding that the dominant motive for publishing the editorial was Mair’s honestly held opinion. [Emphasis added; para. 84.]

The trial judge did not explicitly apply the “objective honest belief” test to the imputation that Simpson “would condone violence”. In my view, however, having regard to the trial judge’s reasons as a whole, and considering both the content of some of Simpson’s speeches already mentioned, and the broad latitude allowed by the defence of fair comment, the defamatory imputation that while Simpson would not engage in violence herself she “would condone violence” by others, is an opinion that could honestly have been expressed on the proved facts by a person “prejudiced . . . exaggerated or obstinate [in] his views”. That is all that the law requires.

(6) Has the Respondent Proven Sufficient Malice on the Appellants’ Part to Defeat the Defence?

[63] The defence is defeated if the commentary was actuated by malice in the sense of improper motive, proof of which lay on the plaintiff. Simpson does not appeal against the trial judge’s conclusion that Mair’s fair comment defence was not vitiated by malice.

IV. Conclusion

[64] Applying the elements of the fair comment defence set out above, I conclude that the trial judge was correct to allow the defence.

[62] La juge de première instance a conclu que M. Mair croyait honnêtement ce qu’il pensait avoir dit :

[TRADUCTION] J’estime que M. Mair faisait campagne pour dénoncer ce qu’il considérait comme des déclarations et allocutions « irresponsables » de M<sup>me</sup> Simpson contre l’enseignement, dans les écoles publiques, de la tolérance à l’endroit de l’homosexualité. Cet élément, joint à la teneur globale de l’éditorial diffamatoire, permet de conclure que le motif dominant de la diffusion de l’éditorial était l’opinion honnête de M. Mair. [Je souligne; par. 84.]

La juge de première instance n’a pas expressément appliqué le critère de la « croyance honnête objective » à l’imputation selon laquelle M<sup>me</sup> Simpson [TRADUCTION] « tolérerait la violence ». Toutefois, compte tenu de l’ensemble de ses motifs, de la teneur de certaines des allocutions de M<sup>me</sup> Simpson déjà mentionnées et de la grande latitude permise par la défense de commentaire loyal, l’imputation diffamatoire selon laquelle M<sup>me</sup> Simpson ne commettrait pas elle-même d’actes de violence mais qu’elle [TRADUCTION] « tolérerait la violence » d’autrui est une opinion que, vu les faits prouvés, une personne aurait pu honnêtement exprimer [TRADUCTION] « quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions ». C’est tout ce que la loi demande.

(6) L’intimée a-t-elle prouvé que les appelants ont fait preuve d’un degré de malveillance propre à faire échec à la défense?

[63] Le moyen de défense ne sera pas reçu si l’auteur du commentaire était animé par la malveillance, dans le sens de motif illégitime, dont la preuve incombe au demandeur. M<sup>me</sup> Simpson n’a pas porté en appel la conclusion de la juge de première instance que la malveillance ne faisait pas obstacle au moyen de défense en l’espèce.

IV. Conclusion

[64] Me fondant sur les éléments de la défense de commentaire loyal énoncés ci-dessus, je conclus que la juge de première instance pouvait accueillir ce moyen de défense.

V. Disposition

[65] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judgment dismissing the action, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[66] **LEBEL J.** — Although I agree with Binnie J. that the appellants are not liable in defamation, I arrive at this conclusion in a different way. In particular, I am not convinced that Mr. Mair's comments were *prima facie* defamatory. Further, I disagree that the fair comment defence should include an element of honest belief. Rather, to establish fair comment, the defendant should simply have to show that the impugned words constituted comment, that they had a basis in fact and that they concerned a matter of public interest. I accept the facts as they are set out by the majority, and I agree that this case is one of comment rather than of fact. I will therefore proceed directly to an analysis of the defamatory nature of the comment and the requirement of honest belief. I will conclude with a brief review of the existing test for malice, which I endorse and apply.

(1) Whether Mair's Comments Were Defamatory

[67] The issue of whether Mair's comments were in fact *prima facie* defamatory was not raised on appeal to this Court, and I would therefore not interfere with the trial judge's finding in this regard. However, I disagree with Binnie J.'s observations that the trial judge's conclusion on this point was "plainly correct" (para. 56) and that the editorial "clearly defamed" Ms. Simpson (para. 45). Some discussion on this issue is warranted. Although defamation is not easily defined, one generally accepted test is the one from *Salmond on the Law of Torts* (17th ed. 1977), at pp. 139-40, which is

V. Dispositif

[65] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la juge de première instance de rejeter l'action, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[66] **LE JUGE LEBEL** — Comme le juge Binnie, je conclus que les appelants n'ont pas engagé leur responsabilité civile pour diffamation. Cependant, je parviens à cette conclusion par un raisonnement différent. En particulier, je ne suis pas convaincu que les commentaires de M. Mair soient diffamatoires à première vue. De plus, je ne crois pas que la défense de commentaire loyal doive comporter un volet croyance honnête. À mon avis, pour établir l'existence d'une défense de commentaire loyal, il suffit que le défendeur démontre que les propos en question constituent un commentaire fondé sur des faits et portant sur une question d'intérêt public. J'accepte toutefois l'exposé des faits contenu dans les motifs de la majorité. Je conviens aussi que le présent pourvoi vise des problèmes relatifs à des commentaires plutôt qu'à des faits. En conséquence, j'analyserai immédiatement la nature diffamatoire du commentaire et l'exigence de la croyance honnête. Je terminerai par un bref examen de l'actuel critère de la malveillance, que j'accepte et applique.

(1) Les commentaires de M. Mair étaient-ils diffamatoires?

[67] Puisque la question de déterminer si les commentaires de M. Mair étaient diffamatoires à première vue n'a pas été soulevée dans le cadre du pourvoi devant la Cour, je ne modifierais pas la conclusion de la juge de première instance à cet égard. Toutefois, je ne souscris pas aux observations du juge Binnie selon lesquelles la conclusion de la juge de première instance sur ce point était « clairement correcte » (par. 56) et qu'il est « clair » que l'éditorial diffamait M<sup>me</sup> Simpson (par. 45). Dans ce contexte, un examen de cette question s'impose. Bien que la diffamation ne se définisse pas

based on the test proposed by Lord Atkin in *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669 (H.L.), at p. 671, and was approved by the B.C. Court of Appeal in *Vander Zalm v. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, at p. 535:

A defamatory statement is one which has a tendency to injure the reputation of the person to whom it refers; which tends, that is to say, to lower him in the estimation of right-thinking members of society generally and in particular to cause him to be regarded with feelings of hatred, contempt, ridicule, fear, dislike, or disesteem.

[68] This test is often construed as setting a low threshold for establishing *prima facie* defamation. *Gatley on Libel and Slander* (10th ed. 2004) (“*Gatley*”), notes that “it may well be the case that the common law takes a rather generous line on what lowers a person in the estimation of others” (p. 18, footnote 32). Dickson J. made a similar point in *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, in referring to the “low level of the threshold which a statement must pass in order to be defamatory” (p. 1095).

[69] The case law generally bears these opinions out. However, courts should not be too quick to find defamatory meaning — particularly where expressions of opinion are concerned. The test is not whether the words impute negative qualities to the plaintiff, but whether, in the factual circumstances of the case, the public would think less of the plaintiff as a result of the comment. Relevant factors to be considered in assessing whether a statement is defamatory include: whether the impugned speech is a statement of opinion rather than of fact; how much is publicly known about the plaintiff; the nature of the audience; and the context of the comment. I will demonstrate, based on the first two of these factors in particular, that Mair’s comments would likely not have led “right-thinking” members of the public to think less of Simpson.

facilement, l’un des critères généralement acceptés se retrouve dans *Salmond on the Law of Torts* (17<sup>e</sup> éd. 1977), p. 139-140. Il se fonde sur le critère proposé par lord Atkin dans *Sim c. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669 (H.L.), p. 671, et que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a approuvé dans *Vander Zalm c. Times Publishers* (1980), 109 D.L.R. (3d) 531, p. 535 :

[TRADUCTION] Une déclaration est diffamatoire lorsqu’elle a tendance à porter atteinte à la réputation de la personne qu’elle vise, c’est-à-dire lorsqu’elle tend en général à rabaisser cette personne dans l’estime des gens sensés et en particulier à la faire considérer avec haine, mépris, ridicule, crainte, hostilité ou mésestime.

[68] On considère souvent que ce critère est peu exigeant pour l’établissement de la diffamation à première vue. Dans *Gatley on Libel and Slander* (10<sup>e</sup> éd. 2004) (« *Gatley* »), l’auteur note qu’[TRADUCTION] « il se peut bien que la common law adopte une approche plutôt libérale quand il s’agit de définir ce qui rabaisse une personne dans l’estime des autres » (p. 18, note 32). Le juge Dickson a exprimé un point de vue analogue dans *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, à savoir que la « frontière qui marque une déclaration diffamatoire est vite franchie » (p. 1095).

[69] La jurisprudence confirme généralement ces opinions. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas s’empresse de trouver un sens diffamatoire, surtout dans le cas d’expression d’opinions. Il ne s’agit pas de savoir si les propos attribuent des qualités négatives au demandeur, mais plutôt si, dans le contexte factuel de l’affaire, le commentaire donne au public une opinion moins favorable de celui-ci. On retient notamment les facteurs pertinents suivants pour apprécier le caractère diffamatoire d’une déclaration : le fait que les propos attaqués constituent ou non un énoncé d’opinion plutôt qu’un énoncé de fait, la mesure dans laquelle le public connaît bien le demandeur, la nature de l’auditoire et le contexte du commentaire. Je démontrerai, en me fondant en particulier sur les deux premiers facteurs, que les commentaires de M. Mair n’auraient probablement pas amené des gens « sensés » à entretenir une moins bonne opinion de M<sup>me</sup> Simpson.

[70] It should go without saying that people evaluate statements of opinion differently than statements of fact. In discussing what constitutes a statement of fact as opposed to comment, Lord Herschell noted that

the distinction cannot be too clearly borne in mind between comment or criticism and allegations of fact, such as that disgraceful acts have been committed, or discreditable language used. It is one thing to comment upon or criticise, even with severity, the acknowledged or proved acts of a public man, and quite another to assert that he has been guilty of particular acts of misconduct.

(*Davis & Sons v. Shepstone* (1886), 11 App. Cas. 187 (P.C.), at p. 190)

[71] Although distinguishing facts from comment may sometimes be difficult, a comment is by its subjective nature generally less capable of damaging someone's reputation than an objective statement of fact, because the public is much more likely to be influenced in its belief by a statement of fact than by a comment. I therefore agree with the following observation by R. E. Brown:

If the expression of opinion by the defendant on facts which are true are reasonably understood by those to whom they are published as opinions, and nothing else, they say nothing derogatory about the plaintiff which does not already inhere in the facts that have been recited. It is those facts that are damning, either to the plaintiff because the opinion expressed is so consistent with the true facts which are recited and approximate the subjective opinion of those to whom they are published, or to the defendant because they are so inconsistent with the recited facts and with the subjective opinion of those to whom they are published. In the former case, the reputation of the plaintiff is not adversely affected by the publication of the opinion; in the latter case, it is the defendant who is defamed by his or her own foolish words rather than the plaintiff.

(*Defamation Law: A Primer* (2003), at p. 185)

[72] There is no doubt that a comment may be defamatory. It must simply be borne in mind that just because someone expresses an opinion does not

[70] Certes, le public évalue les énoncés d'opinion différemment des énoncés de fait. Dans une discussion sur la différence entre un énoncé de fait et un commentaire, lord Herschell souligne :

[TRADUCTION] . . . on n'insistera jamais assez sur l'importance d'établir clairement une distinction entre un commentaire ou une critique et une allégation de fait, comme l'affirmation que des actes honteux ont été commis ou que des propos indignes ont été tenus. C'est une chose de formuler des critiques ou commentaires, même s'ils sont durs, au sujet d'actes, reconnus ou prouvés, d'un homme public, mais c'en est une autre d'affirmer qu'il a commis certains actes d'inconduite.

(*Davis & Sons c. Shepstone* (1886), 11 App. Cas. 187 (C.P.), p. 190)

[71] Il devient parfois difficile de distinguer un fait d'avec un commentaire. Toutefois, la nature subjective du commentaire atténue généralement l'atteinte à la réputation d'autrui par rapport à un énoncé de fait objectif. En effet, un énoncé de fait sera plus susceptible d'influencer le public qu'un commentaire. Je partage donc l'opinion suivante de R. E. Brown :

[TRADUCTION] Si les énoncés d'opinion du défendeur concernant des faits authentiques peuvent raisonnablement être perçus par l'auditoire auquel ils sont destinés comme étant des opinions, et rien d'autre, ils ne disent rien de désobligeant à l'égard du demandeur qui ne ressorte déjà des faits relatés. Ce sont ces faits qui sont accablants, soit à l'égard du demandeur parce que l'opinion exprimée est tellement fidèle aux faits authentiques relatés et qu'elle s'apparente à l'opinion subjective de l'auditoire auquel elle est destinée, soit à l'égard du défendeur parce que l'opinion exprimée est si peu fidèle aux faits relatés et à l'opinion subjective de l'auditoire auquel elle est destinée. Dans le premier scénario, la diffusion de l'opinion n'a pas de répercussions négatives sur la réputation du demandeur; dans le second, c'est le défendeur qui nuit à sa propre réputation plutôt qu'à celle du demandeur par ses propos ridicules.

(*Defamation Law : A Primer* (2003), p. 185)

[72] Un commentaire peut sans aucun doute être diffamatoire. Il faut simplement conserver à l'esprit que l'expression d'une opinion n'entraînera pas

mean that it will be believed and therefore affect its subject's reputation.

[73] This is all the more true in an age when the public is exposed to an astounding quantity and variety of commentaries on issues of public interest, ranging from political debate in the House of Commons, to newspaper editorials, to comedians' satire, to a high school student's blog. It would quite simply be wrong to assume that the public always takes statements of opinion at face value. Rather, members of the public must be presumed to evaluate comments in accordance with their own knowledge and opinions about the speaker and the subject of the comments.

[74] Members of the public will generally have a more solid basis on which to evaluate a comment about a public figure than one about someone who is unknown. Thus, although public figures are certainly more open to criticism than those who avoid the public eye, this does not mean that their reputations are necessarily more vulnerable. In fact, public figures may have greater opportunity to influence their own reputations for the better.

[75] People who voluntarily take part in debates on matters of public interest must expect a reaction from the public. Indeed, public response will often be one of the goals of self-expression. In the context of such debates (and at the risk of mixing metaphors), public figures are expected to have a thick skin and not to be too quick to cry foul when the discussion becomes heated. This is not to say that harm to one's reputation is the necessary price of being a public figure. Rather, it means that what may harm a private individual's reputation may not damage that of a figure about whom more is known and who may have had ample opportunity to express his or her own contrary views.

nécessairement la foi en celle-ci et qu'elle ne nuira donc pas toujours à la réputation de la personne visée.

[73] Cela demeure d'autant plus vrai à une époque où le public est exposé à une quantité et une variété phénoménales de commentaires sur des questions d'intérêt public, qu'il s'agisse par exemple de débats politiques à la Chambre des communes, d'éditoriaux de journaux, de satires des comédiens ou de blogues d'étudiants du secondaire. Nous aurions tout simplement tort de présumer que, dans tous les cas, le public accorde foi aux énoncés d'opinion. On doit plutôt penser qu'il évalue les commentaires d'après l'état de sa connaissance de l'auteur de l'énoncé et de la personne visée par les commentaires et selon son opinion à leur sujet.

[74] Le public se trouve généralement plus en mesure d'évaluer un commentaire sur un personnage public que sur un inconnu. Ainsi, bien que les personnages publics prêtent plus facilement le flanc à la critique que les personnes qui évitent la scène publique, cela ne signifie pas que leur réputation devient nécessairement plus vulnérable de ce fait. En réalité, les personnages publics sont peut-être plus capables d'influer favorablement sur l'opinion que l'on se fait d'eux.

[75] Les personnes qui participent aux débats sur des questions d'intérêt public doivent s'attendre à une réaction de la part du public. D'ailleurs, l'exercice du droit à la libre expression vise souvent à laisser place aux réactions du public. Dans le contexte de tels débats (et au risque d'associer plusieurs métaphores), on s'attend à ce que les personnages publics n'aient pas l'épiderme trop sensible et qu'ils ne crient pas facilement au scandale lorsque le débat s'enflamme. Je ne suggère pas que l'atteinte à la réputation doive être la rançon nécessaire d'une participation à la vie publique. Il s'agit plutôt de reconnaître que ce qui peut nuire à la réputation d'un simple citoyen n'aura pas nécessairement le même effet sur celle d'une personnalité mieux connue et qui a sans doute eu de nombreuses occasions d'exprimer une opinion contraire.

[76] Turning to the facts of this case, I agree that the impugned statement constituted comment rather than fact. As a result, Mair's audience would necessarily treat it differently than a statement of fact. In addition, both Mair and Simpson were public figures involved in an ongoing public debate on the issue of the introduction of materials dealing with gay issues in the classroom. That debate would have informed public opinion. Even those not familiar with the issue would have understood the comment in the context of this debate because Mair made reference to it in the impugned editorial. Further, Mair's "sizeable following" (trial reasons (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, at para. 5) would have understood his comments in light of his well-known style, which involves strong opinions sometimes conveyed with colourful and provocative language.

[77] Thus, although associating the respondent's bigotry with Hitler would clearly be defamatory if taken at face value, the test for defamation is a contextual one and relates to what people would think in the circumstances of publication of the comments (*Gatley*, at pp. 108-10). In the context of this particular debate, I do not believe that Mair's audience would have taken his comments at face value. To paraphrase Professor Brown, Simpson's reputation was not adversely affected, either because Mair's opinions were consistent with the facts and approximated the subjective opinions of his listeners, or because Mair's opinion was not consistent with the facts and the subjective opinions of his listeners and only reflected badly on Mair himself.

[78] Triers of fact should be mindful of ensuring that the plaintiff's reputation is actually threatened by the impugned statements before turning to the available defences. I do not mean to imply that damage to reputation must be proved, since actual harm to reputation is not required to establish defamation. However, before a *prima facie* case can be made out, there must be a realistic threat that the statement, in its full context, would reduce a

[76] En l'espèce, je reconnais que la déclaration en cause constituait un commentaire plutôt qu'un énoncé de fait. Les auditeurs de M. Mair l'auraient donc nécessairement perçue différemment d'un énoncé de fait. De plus, tant M. Mair que M<sup>me</sup> Simpson étaient des personnages publics qui participaient à un débat public permanent sur la question de l'utilisation en salle de classe de documents traitant de l'homosexualité. Le débat aurait aidé le public à former une opinion éclairée. Même les auditeurs qui n'étaient pas au fait de la question auraient situé le commentaire de M. Mair dans son contexte puisque son éditorial en faisait état. De plus, le [TRADUCTION] « large auditoire » de M. Mair (motifs de première instance (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 285, 2004 BCSC 754, par. 5) aurait jugé son intervention d'après le style qu'on lui connaît, en sachant qu'il émet des opinions fermes, parfois formulées dans des termes colorés et provocateurs.

[77] Ainsi, bien que l'association de l'intolérance de l'intimée à Hitler soit à première vue clairement diffamatoire, le critère applicable en matière de diffamation dépend du contexte et se rapporte à ce que les gens penseraient dans les circonstances de la diffusion des commentaires (*Gatley*, p. 108-110). Dans le contexte de ce débat particulier, je ne pense pas que les auditeurs de M. Mair auraient pris ses commentaires à la lettre. Pour paraphraser le professeur Brown, la réputation de M<sup>me</sup> Simpson n'a pas été affectée pour deux raisons, soit parce que les opinions de M. Mair correspondaient aux faits et au point de vue subjectif de ses auditeurs, ou parce que ses propos donnaient à ses auditeurs une mauvaise impression de lui-même en raison de leur incompatibilité avec les faits et l'opinion subjective de ces auditeurs.

[78] Les juges des faits devraient s'assurer que les déclarations contestées compromettent effectivement la réputation du demandeur avant d'examiner les moyens de défense disponibles. Cependant, je ne suggère pas qu'il faille prouver un dommage réel à la réputation puisque la démonstration d'une telle atteinte n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'un cas de diffamation. Toutefois, pour établir qu'il y a à première vue diffamation, il faut que

reasonable person's opinion of the plaintiff. In my view, Mair's comments posed no realistic threat to Kari Simpson's reputation, and I would therefore not have found them to be *prima facie* defamatory.

[79] If, however, the traditional test were so narrow as to catch the comments made in Mair's editorial, then in my opinion, it would be unduly restrictive and would need to be expanded to better reflect the values of modern Canadian society. The law of defamation — whose purpose is to protect reputation — exists as a limitation on freedom of expression, which is protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Reputation is an important element of human dignity and must be protected. However, even if a fair comment defence is available, it cannot be consistent with the *Charter* value of freedom of expression to treat spirited statements of opinion in a debate on matters of public interest as being *prima facie* defamatory.

[80] As I mentioned above, since the issue was not raised before us, I would not interfere with the lower courts' finding that the editorial was defamatory. Further, since I agree that the defence of fair comment applies, it is not necessary to the proper disposition of this appeal to resolve this issue. However, I consider it important to state my discomfort with the majority's assessment that the editorial "clearly defamed" Simpson (para. 45).

(2) Honest Belief as an Element of Fair Comment

[81] The majority would retain a requirement of honest belief in the fair comment defence primarily on the basis: (a) that to eliminate it would constitute more than an incremental change to the law (para. 36); and (b) that it provides additional and appropriate protection to reputation beyond that afforded

la déclaration, placée en contexte, risque effectivement de rendre moins favorable l'opinion qu'une personne raisonnable se forme du demandeur. À mon avis, les commentaires de M. Mair ne menaçaient pas réellement la réputation de Kari Simpson, et je n'aurais donc pas conclu à leur caractère apparemment diffamatoire.

[79] Si, toutefois, le critère traditionnel s'avérait restrictif au point de viser les commentaires exprimés dans l'éditorial de M. Mair, il le serait alors trop et il devrait être élargi de manière à mieux refléter les valeurs de la société canadienne moderne. Le droit en matière de diffamation — dont le but demeure la protection de la réputation — limite la liberté d'expression, que protège l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La réputation représente une composante importante de la dignité humaine qui doit être protégée. Toutefois, même s'il est possible d'invoquer la défense de commentaire loyal, on ne saurait, sans violer le droit à la liberté d'expression protégé par la *Charte*, considérer comme apparemment diffamatoires des opinions exprimées avec vivacité au cours d'un débat sur des sujets d'intérêt public.

[80] Comme je l'ai déjà mentionné, la question n'ayant pas été soulevée devant nous, je ne modifierais pas la conclusion des tribunaux d'instance inférieure sur le caractère diffamatoire de l'éditorial. De plus, parce que je conclus que la défense de commentaire loyal s'applique, il n'est pas nécessaire que cette question soit tranchée dans le cadre du présent pourvoi. J'estime toutefois important de souligner que je conserve des réserves à l'égard de la conclusion de la majorité qu'il est « clair » que l'éditorial diffamait M<sup>me</sup> Simpson (para. 45).

(2) La croyance honnête comme élément de la défense de commentaire loyal

[81] La majorité retiendrait l'exigence de la croyance honnête dans la défense de commentaire loyal principalement pour les raisons suivantes : a) sa suppression constituerait plus qu'un changement progressif du droit (par. 36); b) elle assure à la réputation une protection supplémentaire suffisante

by the malice and “based on fact” inquiries (see para. 49). I disagree with both these propositions.

[82] The first proposition is based on the fact that honest belief is the “cardinal test” of fair comment in Canada (para. 36). This may be so, but a closer examination of fair comment reveals that it is subjective rather than objective honest belief that is considered the cardinal test of fair comment. Further, in Commonwealth countries such as the U.K., Australia and New Zealand, the requirement of a subjective honest belief exists only as an aspect of the malice inquiry in respect of which the burden of proof is on the plaintiff, not as an actual element of the defence. As for objective honest belief, although Commonwealth countries such as the U.K. and Australia retain an objective element in the defence, they have recognized that in the context of fair comment, there is no longer any justification for judging the reasonableness of the content of opinions. An objective honest belief requirement conflicts with the principle that even unreasonable comments should be protected in a democratic society. Thus, the common law in the U.K., Australia and Canada has gradually moved away from assessing comment in terms of reasonableness.

[83] I also disagree with the second proposition, which assumes that an honest belief requirement provides appropriate protection to reputation beyond that provided by other elements of the fair comment defence (including malice, which is, strictly speaking, not an element of the defence). I will begin by reviewing the U.K. decisions that established subjective honest belief as the “cardinal test” of fair comment. I will then discuss the history and the current role of the objective honest belief requirement. I will conclude by demonstrating that,

au-delà de celle qu’offrent les deux exigences du droit de la diffamation au sujet de la malveillance et de l’existence d’un fondement factuel pour le commentaire (voir par. 49). Je ne souscris à ni l’une ni l’autre de ces propositions.

[82] La première proposition se fonde sur le fait que la croyance honnête constitue le « principal critère » de l’application de la défense de commentaire loyal au Canada (par. 36). Cela reste peut-être vrai. Toutefois, un examen approfondi de la défense de commentaire loyal révèle que l’existence de la croyance honnête subjective et non celle de la croyance honnête objective est considérée comme le principal critère de la défense de commentaire loyal. De plus, dans des pays du Commonwealth comme le Royaume-Uni, l’Australie et la Nouvelle-Zélande, l’exigence d’une croyance honnête subjective constitue seulement un aspect de la discussion de la malveillance, pour laquelle le fardeau de la preuve revient au demandeur, et non un véritable élément de la défense de commentaire loyal. Par ailleurs, à propos de la question de la croyance objective honnête, des pays du Commonwealth, comme le Royaume-Uni et l’Australie, conservent un élément objectif de la défense, mais ils ont reconnu que, dans le contexte du commentaire loyal, l’appréciation de la raisonnabilité du contenu des opinions n’est plus justifiée. L’exigence d’une croyance honnête objective contrevient alors au principe que même des commentaires déraisonnables méritent d’être protégés dans une société démocratique. Ainsi, la common law au Royaume-Uni, en Australie et au Canada a progressivement délaissé l’examen de la raisonnabilité des commentaires.

[83] Je suis également en désaccord avec la seconde proposition. Celle-ci suppose que l’exigence de la croyance honnête assure à la réputation une protection utile qui complète celle fournie par les autres éléments de la défense de commentaire loyal (dont la malveillance, qui n’est pas, à proprement parler, un élément de la défense). J’examinerai d’abord la jurisprudence du Royaume-Uni établissant la croyance honnête subjective comme « principal critère » du commentaire loyal. J’étudierai ensuite l’évolution de l’exigence de la croyance



in any event, an objective honest belief requirement provides little or no additional protection to reputation.

[83a] In *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), Lord Denning stated:

The important thing is to determine whether or not the writer was actuated by malice. If he was an honest man expressing his genuine opinion on a subject of public interest, . . . he has a good defence of fair comment. His honesty is the cardinal test. [p. 503]

[84] Although it is not entirely clear from *Slim* who has the burden of proving or disproving subjective honest belief, it is settled law in the U.K. that this burden falls to the plaintiff once the elements of fair comment are proved:

[A] comment which falls within the objective limits of the defence of fair comment can lose its immunity only by proof that the defendant did not genuinely hold the view he expressed. Honesty of belief is the touchstone. Actuation by spite, animosity, intent to injure, intent to arouse controversy or other motivation, whatever it may be, even if it is the dominant or sole motive, does not of itself defeat the defence. However, proof of such motivation may be evidence, sometimes compelling evidence, from which lack of genuine belief in the view expressed may be inferred.

(*Cheng v. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339, at pp. 360-61 (emphasis in original), *per* Lord Nicholls, cited in *Gatley*, at p. 310)

[85] Thus, the “cardinal test” of fair comment — at least in the U.K. — is subjective rather than objective honest belief, and it is the plaintiff who bears the burden of proof in the context of the malice inquiry. That being said, my colleague correctly notes that the requirement of an objective honest belief persists in the defence of fair comment in some common law countries, and he concludes that to excise it from Canadian law would constitute more than an incremental change. I disagree.

honnête objective afin de dégager son rôle actuel. Enfin, je démontrerai que, de toute manière, la protection supplémentaire que cette exigence apporte à la réputation est négligeable, voire inexistante.

[83a] Dans *Slim c. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497 (C.A.), lord Denning a écrit :

[TRADUCTION] L'important est de déterminer si l'auteur était animé par la malveillance. S'il s'agit d'une personne honnête qui exprime son opinion réelle sur un sujet d'intérêt public [. . .] cette personne dispose d'un bon moyen de défense fondé sur le commentaire loyal. Son honnêteté est le principal critère. [p. 503]

[84] Bien que l'arrêt *Slim* n'indique pas clairement à qui il incombe de prouver (ou de réfuter) la croyance honnête subjective, le droit applicable au Royaume-Uni établit bien que, lorsque les éléments de la défense de commentaire loyal sont démontrés, ce fardeau repose sur le demandeur :

[TRADUCTION] [U]n commentaire entrant dans les limites objectives de la défense de commentaire loyal ne perd son immunité que s'il est prouvé que le défendeur ne professait pas véritablement l'opinion qu'il a exprimée. L'élément fondamental est l'authenticité de la croyance. Que l'auteur du commentaire ait été animé par le dépit, l'animosité, l'intention de causer du tort ou de semer la controverse ou par un autre mobile, quel qu'il fût, même s'il s'agissait de sa motivation principale ou unique, n'anéantit pas *en soi* le moyen de défense. Toutefois, la preuve d'un tel mobile peut constituer un élément de preuve, parfois déterminant, permettant d'inférer l'absence de croyance véritable en l'opinion exprimée.

(*Cheng c. Tse Wai Chun* (2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339, p. 360-361 (en italique dans l'original), lord Nicholls, cité dans *Gatley*, p. 310)

[85] Ainsi, le « principal critère » de la défense de commentaire loyal est — du moins au Royaume-Uni — la croyance honnête subjective et non objective, et il incombe au demandeur de l'établir dans le cadre de l'examen de la question de la malveillance. Cela dit, mon collègue observe avec justice que, dans certains pays de common law, l'exigence d'une croyance honnête objective continue de faire partie de la défense de commentaire loyal et il conclut que sa suppression du droit canadien

Although this requirement does continue to exist in some common law countries, its influence and utility have been waning such that, in my opinion, it no longer offers anything of value in the exercise of balancing the right to comment fairly on matters of public opinion against the right to reputation. Doing away with it may constitute a significant change to the *form* of the test for fair comment, but the *effect* of doing so would not be to modify the scope of the defence in any significant way. The advantage of eliminating the objective honest belief requirement, on the other hand, is that this would constitute formal recognition of what some common law courts have been saying for decades: that it is no longer justifiable, for purposes of the fair comment defence, to judge a person's opinions on an objective basis other than to require that they have some basis in fact.

[86] In the U.K., fair comment is a “two stage” issue. At the first stage, the defendant establishes that the words are objectively capable of constituting comment. At the second stage, the plaintiff may attempt to prove malice, which will defeat the protection of the defence (*Gatley*, at p. 311). The objective stage incorporates both objective honest belief and relevance to the underlying facts. At one time, fair comment was limited to what was objectively “fair, reasonable and temperate” (*Soane v. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086, at p. 1086, cited in P. Mitchell, *The Making of the Modern Law of Defamation* (2005), at p. 174). Eventually, however, this view was held to be overly restrictive of speech on matters of public interest. In *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), Lord Esher held that the correct test was whether any “fair man, however prejudiced” could hold the impugned opinion (p. 280). Later, even the word “fair”, which gave the defence of fair comment its name, was replaced by the word “honest” to eliminate any residual requirement of reasonableness (see Mitchell, at p. 181. See also Dickson J. dissenting in *Cherneskey*, at p. 1104.) The objective reasonableness of the opinion was held to be of no relevance in limiting fair comment. As early as 1863, the English courts held that the defendant's opinion need not be reasonable. Rather, in addition to subjective honest

dépasserait le cadre d'un changement progressif de ce dernier. Je ne suis pas de cet avis. Certes, cette exigence existe toujours dans certains pays de common law, mais son influence et son utilité se sont affaiblies au point que, selon moi, elle ne joue plus aucun rôle pratique dans la conciliation entre le droit de formuler un commentaire loyal sur des questions d'opinion publique et le droit à la réputation. Son élimination peut altérer substantiellement la *forme* du critère applicable en matière de commentaire loyal, mais elle ne modifierait pas fondamentalement la portée de la défense. Ce changement aurait cependant pour avantage de reconnaître explicitement l'opinion exprimée par les tribunaux de common law depuis des décennies, qu'il n'est plus justifiable, en matière de défense de commentaire loyal, de juger les opinions d'autrui sur un fondement objectif, sauf pour exiger qu'elles conservent une assise factuelle.

[86] Au Royaume-Uni, la défense de commentaire loyal comporte deux étapes. À la première étape, le défendeur établit que les termes en cause peuvent objectivement constituer un commentaire et à la seconde, le demandeur peut tenter de démontrer l'existence de malveillance, afin d'écarter la protection offerte par cette défense (*Gatley*, p. 311). La première étape incorpore à la fois la croyance honnête objective et la pertinence par rapport aux faits sous-jacents. Autrefois, le moyen de défense a été restreint au seul commentaire objectivement [TRADUCTION] « loyal, raisonnable et tempéré » (*Soane c. Knight* (1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086, p. 1086, cité dans P. Mitchell, *The Making of the Modern Law of Defamation* (2005), p. 174). Puis on a reconnu qu'une telle conception limitait indûment la liberté de s'exprimer sur des questions d'intérêt public. Dans *Merivale c. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275 (C.A.), lord Esher a affirmé qu'il fallait se demander si [TRADUCTION] « une personne loyale, quelle que soit la force de ses préjugés » pouvait professer l'opinion en cause (p. 280). Plus tard, on a même substitué l'adjectif « honnête » à « loyal », qui a donné son nom à la défense de commentaire loyal, afin d'éliminer les restes de l'exigence de raisonabilité (voir Mitchell, p. 181; voir aussi les motifs du juge Dickson, dissident, dans *Cherneskey*, p. 1104.) On a estimé que la raisonabilité objective

belief, a jury must simply find that the defendant's "belief was not without foundation" (*Campbell v. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288, at p. 290).

[I]f the language complained of is such as can be fairly called criticism, the mere circumstance that it is violent, exaggerated, or even in a sense unjust, will not render it unfair. It is at the most evidence that it was not an honest expression of real opinion, but was inspired by malice.

(*Gatley*, at p. 306, citing *McQuire v. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), at p. 110.)

[87] This history is reflected in the words of Lord Nicholls in *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, at p. 615:

Traditionally one of the ingredients of this defence is that the comment must be fair, fairness being judged by the objective standard of whether any fair-minded person could honestly express the opinion in question. Judges have emphasised the latitude to be applied in interpreting this standard. So much so, that the time has come to recognise that in this context the epithet 'fair' is now meaningless and misleading. Comment must be relevant to the facts to which it is addressed. It cannot be used as a cloak for mere invective. But the basis of our public life is that the crank, the enthusiast, may say what he honestly thinks as much as the reasonable person who sits on a jury. The true test is whether the opinion, however exaggerated, obstinate or prejudiced, was honestly held by the person expressing it: see Diplock J. in *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.* [1958] 2 All E.R. 516 at 518, [1958] 1 W.L.R. 743 at 747. [Emphasis added.]

[88] Some Canadian courts have cited this passage from *Reynolds* with approval. For example, in *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, the New Brunswick Court of Appeal quoted it and then went on to conclude:

de l'opinion ne pouvait constituer un facteur pertinent de limitation du commentaire loyal. Ainsi, dès 1863, les tribunaux anglais ont statué que l'opinion n'avait pas à être raisonnable et qu'il suffisait plutôt qu'après avoir conclu à l'existence d'une croyance honnête subjective, le jury soit d'avis que cette [TRADUCTION] « croyance n'était pas sans fondement » (*Campbell c. Spottiswoode* (1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288, p. 290).

[TRADUCTION] Si les propos à l'origine de la poursuite peuvent à juste titre être considérés comme une critique, ils ne perdront pas leur statut de commentaire loyal du seul fait qu'ils sont violents, exagérés ou même, en un sens, injustes. C'est tout au plus la preuve qu'ils n'exprimaient pas honnêtement une véritable opinion, mais étaient inspirés par la malveillance.

(*Gatley*, p. 306, citant *McQuire c. Western Morning News Co.*, [1903] 2 K.B. 100 (C.A.), p. 110.)

[87] Dans *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, p. 615, lord Nicholls évoque cette évolution historique :

[TRADUCTION] L'un des éléments de cette défense a toujours été que le commentaire doit être loyal, d'après son évaluation selon le critère objectif qui consiste à savoir si une personne juste pouvait honnêtement exprimer l'opinion en question. Les juges ont insisté sur la liberté dont doit s'accompagner l'interprétation de ce critère. À tel point que le moment est venu de reconnaître que, dans ce contexte, l'épithète « loyal » est aujourd'hui dénuée de sens et trompeuse. Le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu'il vise. Il ne peut servir à masquer la simple invective. Notre vie publique repose sur le fait que le loufoque, l'enthousiaste, peut dire ce qu'il pense honnêtement au même titre que toute personne raisonnable qui siège comme juré. Le véritable critère consiste à savoir si l'opinion, si extrême, exagérée ou empreinte de préjugés soit-elle, était honnêtement celle de la personne qui l'a exprimée : voir le juge Diplock dans *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 2 All E.R. 516, p. 518, [1958] 1 W.L.R. 743, p. 747. [Je souligne.]

[88] Des tribunaux canadiens ont cité et approuvé cet extrait de *Reynolds*. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, par exemple, a repris ce passage dans *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.* (2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62, pour tirer ensuite la conclusion suivante :

Therefore, for a comment to be protected by a plea of fair comment, the comment must be relevant to the facts to which it is addressed, but it need not be reasonable nor one with which the trier of fact agrees. It need only be proven to be “fair” or “relevant” in the sense that the comment relates to the proven underlying facts on which the commentator relies and represents an honest expression of the real view of the person making the comment. [Emphasis added; para. 78.]

[89] These passages confirm that little is left of the objective “fairness” requirement other than that a comment must be “relevant to the facts to which it is addressed”. However, despite the waning role of the objective honest belief requirement, it seems that British law, like Canadian and Australian law, still requires a trier of fact to ask: “Would any [honest] man, however prejudiced he might be, or however exaggerated or obstinate his views, have written this criticism?” (*Gatley*, at p. 307). Alternately, in the words of Dickson J. in *Cherneskey*, at p. 1100, as endorsed by the majority in this case, “could any man honestly express that opinion on the proved facts?” What, then, does it mean that a person could honestly express that opinion on the proved facts?

[90] If the speaker’s prejudices or inclination toward exaggeration and obstinacy are irrelevant, it would similarly be irrelevant to consider the objective reasonableness of the comment aside from the requirement that it have a basis in fact. This is certainly consistent with the shift away from the idea that fairness amounts to reasonableness. For example, in *Cherneskey*, Dickson J. substituted the word “honest” for “fair” in the objective test “lest some suggestion of reasonableness instead of honesty should be read in” (p. 1104). In this context, then, “honest belief” must refer either to whether someone could express the comment with an honest motive or to whether someone could believe the comment if he or she were being honest with him or herself. In the former case, since a dishonest motive for publication can defeat a fair comment defence in the malice inquiry, it would seem redundant to inquire into the defendant’s motives at the honest belief stage of the defence. In the latter

[TRADUCTION] Par conséquent, pour être protégé par le plaidoyer de commentaire loyal, le commentaire doit être pertinent par rapport aux faits qu’il vise, mais il n’est pas nécessaire qu’il soit raisonnable ni accepté par le juge des faits. Il faut seulement prouver qu’il est « loyal » ou « pertinent », en ce sens qu’il se rapporte aux faits sous-jacents établis sur lesquels son auteur s’appuie et qu’il représente l’expression honnête de la véritable opinion de son auteur. [Je souligne; par. 78.]

[89] Ces extraits confirment qu’il subsiste peu de chose de l’exigence de « loyauté » objective, si ce n’est que le commentaire doit rester [TRADUCTION] « pertinent par rapport aux faits qu’il vise ». Il semble toutefois que, malgré le rôle de plus en plus faible de l’exigence de croyance honnête objective, le droit britannique, comme le droit canadien et le droit australien, demande toujours au juge des faits de vérifier si [TRADUCTION] « une personne [honnête], quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions, aurait [. . .] pu écrire cette critique » (*Gatley*, p. 307). En d’autres termes, pour reprendre les propos du juge Dickson dans *Cherneskey*, p. 1100, auxquels souscrivent la majorité en l’espèce, « pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? » Une personne pouvait-elle alors exprimer honnêtement l’opinion en cause sur la base des faits prouvés?

[90] Si les préjugés de l’auteur du commentaire ou ses penchants à l’exagération et son obstination sont dénués de pertinence, il ne serait pas pertinent non plus d’examiner la raisonnabilité objective du commentaire, sauf pour la vérification du fondement factuel des propos. Une telle approche reflète l’abandon graduel de la conception qu’un commentaire loyal et un commentaire raisonnable sont équivalents. Dans *Cherneskey*, par exemple, le juge Dickson a substitué « honnête » à « loyal » dans le critère objectif, « de crainte qu’on n’y trouve la notion du raisonnable plutôt que celle d’honnêteté » (p. 1104). Dans ce contexte, « croyance honnête » doit se rapporter soit à la question de déterminer si on peut exprimer un commentaire en conservant un motif honnête ou si un auditeur ou un lecteur pouvait donner foi au commentaire tout en restant honnête avec lui-même. Dans le premier cas, puisqu’un motif malhonnête pour la diffusion peut faire échec à la défense de commentaire loyal au

case, the “honest belief” label would also be redundant, since what one does not honestly believe, one does not believe at all. This relates to subjective honest belief, albeit to what someone could subjectively believe rather than to what the defendant subjectively believed. I take this to be the sense in which the majority, and the courts generally, use the expression “honest belief”.

[91] The requirement that someone be capable of believing the comment in light of the facts does not do away with the problem of assessing the objective reasonableness of the comment. It is not clear how — other than by requiring a simple basis in fact — the limits to what someone could subjectively believe can be determined without resorting to objective reasonableness. Admittedly, the threshold for establishing a factual basis for a comment remains low. However, the threshold for establishing that someone could believe the comment on the basis of the relevant facts is also low. The tests involve similar, if not identical, questions. Where a comment is objectively incapable of belief, this will presumably be because it does not have a basis in fact. If there is any difference between what is capable of belief and what is based in fact, it must relate to what is reasonable for a person to believe, given certain facts. As I mentioned above, common law courts, including those in Canada, have long rejected an approach that involves judging the objective reasonableness of a comment.

[92] The honest belief inquiry adopted by the majority, which is clearly not intended to assess the objective reasonableness of the comment, must therefore be an inquiry into whether the comment has a basis in fact. Binnie J. acknowledges as much by noting that a jury could be instructed to determine whether comment has a basis in fact by asking whether a person could honestly express

stade de l'étude de la malveillance, il deviendrait superflu de s'interroger sur les motifs du défendeur au moment de l'examen de la défense de la croyance honnête. Dans le second cas, le terme « croyance honnête » deviendrait également inutile, car une croyance malhonnête ne peut devenir la source d'une croyance effective. La croyance honnête subjective est toujours en cause, même s'il s'agit de ce que quelqu'un pouvait croire subjectivement plutôt que de ce que le défendeur croyait subjectivement. À mon avis, c'est dans ce sens que la majorité, et les tribunaux en général, utilisent l'expression « croyance honnête ».

[91] L'exigence qu'une personne puisse croire le commentaire devant les faits en cause ne règle pas le problème de l'appréciation de la raisonnable objective du commentaire. On ne saisit guère comment il serait possible, sans recourir au critère de la raisonnable objective, de déterminer les limites de ce qu'une personne peut croire subjectivement, sauf en exigeant un simple fondement factuel. Certes, la preuve du fondement factuel d'un commentaire demeure facile, mais la démonstration qu'une personne pouvait croire le commentaire au vu des faits pertinents ne présente pas plus de difficulté. Les critères impliquent des questions similaires, voire identiques. Lorsque le commentaire n'est pas objectivement digne de foi, on peut présumer qu'il en est ainsi parce qu'il ne repose pas sur des faits. S'il existe une différence entre ce qui peut être cru et ce qui repose sur des faits, elle tient nécessairement à ce qu'il est raisonnable pour une personne de croire devant certains faits. Or, comme je l'ai déjà rappelé, les tribunaux de common law, y compris les tribunaux canadiens, ont rejeté depuis longtemps l'approche qui évaluerait la raisonnable objective d'un commentaire.

[92] L'examen de la croyance honnête retenue par la majorité, qui n'a manifestement pas pour objet d'évaluer la raisonnable objective du commentaire, doit donc consister à vérifier si le commentaire repose sur un fondement factuel. Le juge Binnie le reconnaît en soulignant qu'un jury peut recevoir pour directive de déterminer si le commentaire repose sur des faits, lorsqu'il répond à la

the opinion on the proved facts (para. 41). I agree that this is a useful jury instruction regarding the “basis in fact” element. But what, then, is the additional benefit of a distinct element of honest belief? The defence of fair comment would include two elements — basis in fact and honest belief — that address exactly the same issue.

[93] Since the elements address the same issue, honest belief provides no additional protection for reputation. For example, an honest belief test would not protect against a bad faith attack made without honest belief, such as Senator McCarthy’s smear campaign of the 1950s. Such attacks would pass the majority’s honest belief test so long as they constituted comment that someone could believe. In the context of McCarthyism, someone could very well have believed defamatory allegations relating to communism. If no one could believe the allegations, it must be because they have no basis in fact, and the defamer could not rely on the fair comment defence. Further, even without an honest belief element, a plaintiff who is the victim of a bad faith attack may prevail by demonstrating malice.

[94] Thus, the only justifiable remnant of the former requirement that a fair-minded person be capable of holding the opinion is that the comment must be based on known facts. This is implied in the above-quoted observations of Lord Nicholls from *Reynolds*. In Canada, fair comment includes a based on true facts element that is independent of concerns about whether an honest person could hold the opinion. Thus, I see no reason to retain an objective honest belief element. Eliminating that element is an incremental change. This Court has the power, and indeed the responsibility, to make such changes when the common law falls out of step with its underlying principles and with

question de déterminer si on pouvait honnêtement exprimer une opinion au vu des faits prouvés (par. 41). Je conviens qu’il s’agit d’une directive utile à donner au jury sur la question du « fondement factuel ». Mais alors, quel autre avantage l’application du critère distinct de la croyance honnête entraînerait-elle? La défense de commentaire loyal inclurait deux éléments — fondement factuel et croyance honnête — axés exactement sur la même question.

[93] Comme ces éléments répondent à la même question, la croyance honnête n’offre aucune protection supplémentaire pour la réputation. Par exemple, le critère de la croyance honnête ne protège pas contre une attaque de mauvaise foi faite sans croyance honnête comme la campagne de dénigrement à laquelle s’est livré le sénateur McCarthy dans les années 50. De telles attaques seraient protégées par le critère de la croyance honnête retenu par la majorité puisqu’il s’agirait d’un commentaire qu’on pourrait croire. Dans le contexte du McCarthysme, on aurait très bien pu donner foi aux allégations diffamatoires au sujet du communisme. Si personne ne peut croire les allégations, ce sera nécessairement en raison de l’absence de fondement factuel à leur appui. Le diffamateur ne pourra alors bénéficier de la défense de commentaire loyal. De plus, même à défaut du critère de la croyance honnête, un demandeur qui est victime d’une attaque de mauvaise foi peut avoir gain de cause en prouvant la malveillance.

[94] Par conséquent, un seul élément de l’ancienne exigence qu’une personne juste puisse exprimer l’opinion en cause demeure justifiable, soit que le commentaire doit reposer sur des faits connus. Cette conclusion se dégage des commentaires de lord Nicholls, dans *Reynolds*, que je citais plus tôt. Au Canada, la défense de commentaire loyal inclut un critère selon lequel le commentaire doit être fondé sur des faits authentiques, indépendamment de la question de savoir si une personne honnête pouvait professer cette opinion. Je ne vois donc aucune raison de conserver l’élément de la croyance honnête objective. Son élimination constitue un changement progressif du droit. La Cour a le

modern values, and when a test has proven to be unworkable or to serve no useful purpose.

[95] Even though, in principle, I do not consider it appropriate to exclude from fair comment that which no honest person could believe, it is nevertheless true that in practice, such speech will rarely, if ever, be protected as fair comment even without an honest belief requirement. This is because in defamation law, reputation is already protected in three ways from comments that are not “fair” in the sense of being objectively capable of belief on the relevant facts.

[96] First, to the extent that, as discussed above, honest belief and basis in fact amount to the same inquiry, whatever has no basis in fact is not capable of belief, and *vice versa*. However, even if there were some difference between the two concepts, two other aspects of fair comment protect reputation against objectively unbelievable comment.

[97] For a comment to be *prima facie* defamatory, there must be a possibility that its audience will believe it; otherwise, it cannot harm the plaintiff’s reputation. The audience is presumed to consist of “ordinary, reasonable, fair-minded” people (*Charleston v. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450 (H.L.), at p. 454). The test is not whether any person, no matter how unreasonable or unfair, could think less of the plaintiff because of the comment. Therefore, the more disconnected the comment is from its underlying facts, the less likely it is to be defamatory. It follows that comments that are not capable of objective honest belief, given the relevant facts, will rarely be defamatory. For example, in a modern developed society, an imputation that someone practises witchcraft would not be defamatory, because it would not be believed and therefore would not harm the plaintiff’s reputation (*Loukas v. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549 (S.C.)).

pouvoir, sinon la responsabilité, d’apporter de tels changements lorsque la common law ne s’accorde plus avec les principes qui la sous-tendent ni avec les valeurs modernes, et que l’inapplicabilité ou l’inutilité d’un critère a été démontrée.

[95] Même si, sur le plan des principes, je ne crois pas approprié d’exclure du commentaire loyal ce qu’aucune personne honnête ne pourrait croire, il demeure que, sur le plan pratique, ce type de discours ne sera que rarement, sinon jamais, protégé à titre de commentaire loyal, même sans l’exigence de la croyance honnête. En effet, le droit en matière de diffamation protège déjà la réputation de trois façons différentes contre les commentaires qui ne sont pas « loyaux », en ce sens qu’ils ne peuvent objectivement être crus compte tenu des faits pertinents.

[96] Premièrement, dans la mesure où le critère de la croyance honnête et celui du fondement factuel impliquent le même examen, comme je l’ai déjà expliqué, les propos qui ne reposent sur aucun fondement factuel ne peuvent être crus, et vice versa. Toutefois, même si ces deux concepts diffèrent parfois en partie, deux autres aspects de la défense de commentaire loyal protègent le droit à la réputation contre un commentaire qu’il est objectivement impossible de croire.

[97] Pour qu’un commentaire soit diffamatoire à première vue, il faut qu’il puisse être cru par ceux à qui il s’adresse. Autrement, il ne peut porter atteinte à la réputation du demandeur. En effet, l’auditoire est réputé être composé de personnes [TRADUCTION] « ordinaires, raisonnables et justes » (*Charleston c. News Group Newspapers Ltd.*, [1995] 2 W.L.R. 450 (H.L.), p. 454). On ne doit pas décider si une personne, si déraisonnable ou déloyale soit-elle, tiendra le demandeur en moindre estime en raison des propos en cause. En conséquence, plus le commentaire s’éloigne des faits sous-jacents, moins il devient susceptible d’être diffamatoire. Ainsi, les commentaires qui ne peuvent susciter de croyance honnête objective, compte tenu des faits pertinents, seront rarement diffamatoires. Par exemple, dans une société moderne et évoluée, l’accusation qu’une personne se livre à la sorcellerie ne serait pas diffamatoire, parce qu’elle ne serait pas crue et

Thus, the test for *prima facie* defamation, if correctly applied, will exclude from protection many situations involving comments that are not capable of objective honest belief.

[98] Further, it is difficult to imagine any situation in which a comment with a basis in true facts that would be incapable of belief could be made with a motive that is not predominantly malicious. By definition, the publisher of the comment would not believe the opinions he or she expressed. Why would someone publish a comment that he or she does not believe and that no one else could honestly believe, if not out of malice? The dominant motive could not be for the sake of argument, since no one could believe the comment. Nor could it be a desire to report on issues of public interest, because here again, no one could believe the comment.

[99] I am therefore of the opinion that the only additional protection for reputation afforded by a requirement of objective honest belief is an inappropriate one, in that it places a reasonableness restriction on the opinions a person may legitimately express. The common law courts in this country and in the U.K. have long been uncomfortable with the idea of limiting fair comment to what is reasonable, even in the broadest sense. The time has come to formally acknowledge that such a reasonableness requirement has outlived its purpose and that, in any event, in its present broad form, it provides little or no protection for reputation. In my opinion, therefore, the defence of fair comment should simply require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a matter of public interest. On the facts of this case, there is no dispute that each of these requirements is met.

### (3) Malice

[100] If the defendant is successful in establishing the elements of the fair comment defence, the

qu'elle ne pourrait donc pas nuire à la réputation du demandeur (*Loukas c. Young*, [1968] 3 N.S.W.R. 549 (S.C.)). Par conséquent, le critère servant à déterminer s'il y a diffamation à première vue, lorsqu'on l'applique correctement, exclura de la protection de nombreuses situations impliquant des commentaires qui ne peuvent pas susciter de croyance honnête objective.

[98] Ensuite, il est difficile d'imaginer une situation où la malveillance ne serait pas le motif principal de l'expression d'un commentaire fondé sur des faits authentiques que personne ne pourrait croire. Par définition, la personne qui diffuse le commentaire ne croirait pas les opinions qu'elle a exprimées. Pourquoi diffuser un commentaire qu'on ne croit pas et auquel personne d'autre ne pourrait honnêtement donner foi, sauf par malveillance? Le motif dominant ne saurait être de susciter la discussion puisque personne ne pourrait croire le commentaire. Ce ne pourrait pas non plus être le désir de parler de questions d'intérêt public car, encore une fois, personne ne pourrait croire le commentaire.

[99] J'estime donc que la seule protection supplémentaire que l'exigence de la croyance honnête objective apporte à la réputation est inopportune parce qu'elle subordonne l'expression d'opinions légitimes à leur raisonnabilité. Or, ici comme au Royaume-Uni, les tribunaux de common law hésitent depuis longtemps à limiter le commentaire loyal à ce qui est raisonnable, même au sens le plus large. Il est temps de reconnaître officiellement qu'une telle exigence de raisonnabilité ne se justifie plus et que, de toute manière, selon l'interprétation libérale qu'on lui attribue actuellement, elle ne protège que fort peu la réputation, sinon pas du tout. À mon avis, la défense de commentaire loyal devrait donc simplement exiger du défendeur qu'il démontre que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. En l'espèce, il ne fait aucun doute que ces trois exigences sont remplies.

### (3) La malveillance

[100] Si le défendeur parvient à prouver les éléments de la défense de commentaire loyal, la



inquiry may turn to malice, which the plaintiff must prove if he or she alleges it. I see no reason to alter the existing burden of proof. To require the defendant to prove a lack of malice would amount to presuming malice. A society that seeks to promote healthy debate should require evidence of a malicious motive before restricting the expression of opinions based on true facts that concern matters of public interest. It would protect spirited — but not mean-spirited — speech. Proof of malice may be intrinsic or extrinsic: that is, it may be drawn from the language of the assertion itself or from the circumstances surrounding the publication of the comment. It may involve inferences and evidentiary presumptions.

[101] I also see no reason to alter the nature of the malice inquiry. In *Cherneskey*, Dickson J. described malice as follows:

Malice is not limited to spite or ill will, although these are its most obvious instances. Malice includes any indirect motive or ulterior purpose, and will be established if the plaintiff can prove that the defendant was not acting honestly when he published the comment. This will depend on all the circumstances of the case. Where the defendant is the writer or commentator himself, proof that the comment is not the honest expression of his real opinion would be evidence of malice. If the defendant is not the writer or commentator himself, but a subsequent publisher, obviously this is an inappropriate test of malice. Other criteria will be relevant to determine whether he published the comment from spite or ill will, or from any other indirect and dishonest motive. [p. 1099]

[102] I adopt this definition, although I wish to emphasize that while proof that the comment is not the honest expression of the publisher's real opinion may be evidence of malice, it is not determinative. Indeed, there may be non-malicious and valid reasons for publishing views one does not personally hold.

[103] I would not adopt the British malice test (reproduced here for convenience), which is based

question de la malveillance pourra entrer en jeu, et il incombera alors au demandeur de la démontrer s'il l'allègue. Je ne vois aucune raison de modifier l'attribution actuelle de la charge de la preuve. Obliger le défendeur à prouver l'absence de malveillance équivaldrait à présumer la malveillance. Une société soucieuse de favoriser des débats vigoureux devrait exiger la preuve d'un motif malveillant avant de restreindre l'expression d'opinions fondées sur des faits authentiques portant sur des questions d'intérêt public. Elle protégerait la vivacité du discours, mais non la malveillance. La preuve de la malveillance peut être intrinsèque ou extrinsèque selon qu'elle provient de la formulation même des propos ou des circonstances de la diffusion du commentaire. La preuve peut se faire par inférence ou par présomption.

[101] Je ne vois aucune raison de modifier la nature de l'analyse relative à la malveillance. Dans *Cherneskey*, le juge Dickson a décrit la malice en ces termes :

La malice n'est pas restreinte à l'animosité ou à l'inimitié, bien qu'elles en soient les exemples les plus évidents. La malice comprend tout motif indirect ou caché; elle est établie si le demandeur peut prouver que le défendeur n'a pas agi honnêtement en publiant le commentaire. Cela tient à toutes les circonstances de l'affaire. Lorsque le défendeur est lui-même l'auteur ou le commentateur, la preuve que le commentaire ne constitue pas l'expression honnête de sa véritable opinion fait foi de la malice. Si le défendeur n'est pas lui-même l'auteur ou le commentateur et n'a fait que publier le commentaire, il est évident que ce critère de la malice ne convient pas. Il faudra recourir à d'autres critères pour déterminer s'il a publié le commentaire par animosité ou inimitié ou pour tout autre motif indirect et malhonnête. [p. 1099]

[102] Je fais mienne cette définition, mais je tiens à souligner que, bien qu'elle puisse établir la malveillance, la preuve que le commentaire ne constitue pas l'expression honnête de la véritable opinion du diffuseur n'est pas déterminante. Il peut en effet exister des raisons valables, étrangères à la malveillance, de diffuser des opinions qui ne sont pas les nôtres.

[103] Je ne retiendrais pas le critère appliqué par les tribunaux britanniques relativement à la

on honesty of belief rather than the motive for publication.

[A] comment which falls within the objective limits of the defence of fair comment can lose its immunity only by proof that the defendant did not genuinely hold the view he expressed. Honesty of belief is the touchstone. Actuation by spite, animosity, intent to injure, intent to arouse controversy or other motivation, whatever it may be, even if it is the dominant or sole motive, does not of itself defeat the defence. However, proof of such motivation may be evidence, sometimes compelling evidence, from which lack of genuine belief in the view expressed may be inferred.

(*Cheng v. Tse Wai Chun*, at pp. 360-61 (emphasis in original); see also *Gatley*, at p. 310.)

[104] In the U.K., the motive for publication appears to be relevant only with respect to secondary publishers: malice will not be found where someone publishes the opinions of others without malicious intent (*Gatley*, at pp. 310-11). However, there are good reasons for maintaining a malice test that withholds protection from a comment expressed with a predominantly malicious motive. As Greer L.J. noted in *Watt v. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130 (C.A.), at pp. 154-55, quoted with approval by the B.C. Court of Appeal in *Christie v. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, at p. 554, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. vii:

A man may believe in the truth of a defamatory statement, and yet when he publishes it be reckless whether his belief be well founded or not. His motive for publishing a libel on a privileged occasion may be an improper one, even though he believes the statement to be true. . . . I agree with the statement of the law contained in the late Mr. Blake Odgers' monumental book on libel and slander, which will be found at p. 354 of the 5th edition. . . . "An angry man may often be led away into exaggerated or unwarrantable expressions; or he may forget where and in whose presence he is speaking, or how and to whom his writing may be published. Clearly this is often but faint evidence of malice; the jury will generally pardon a slight excess of righteous zeal. In some cases, however . . . such excess has secured the plaintiff the verdict . . .".

malveillance (que je reproduis ici par souci de commodité), qui se fonde sur la croyance honnête plutôt que sur le motif de la publication.

[TRADUCTION] [U]n commentaire entrant dans les limites objectives de la défense de commentaire loyal ne perd son immunité que s'il est prouvé que le défendeur ne professait pas véritablement l'opinion qu'il a exprimée. L'élément fondamental est l'authenticité de la croyance. Que l'auteur du commentaire ait été animé par le dépit, l'animosité, l'intention de causer du tort ou de semer la controverse ou par un autre mobile, quel qu'il fût, même s'il s'agissait de sa motivation principale ou unique, n'anéantit pas *en soi* le moyen de défense. Toutefois, la preuve d'un tel mobile peut constituer un élément de preuve, parfois déterminant, permettant d'inférer l'absence de croyance véritable en l'opinion exprimée.

(*Cheng c. Tse Wai Chun*, p. 360-361 (en italique dans l'original); voir aussi *Gatley*, p. 310.)

[104] Au Royaume-Uni, le motif de la diffusion ne semble pertinent qu'en ce qui a trait aux diffuseurs secondaires : on ne conclura pas à la malveillance lorsqu'il y a diffusion de l'opinion de tiers sans motif malveillant (*Gatley*, p. 310-311). Des raisons valables justifieraient le maintien d'un critère qui ne protège pas le commentaire principalement motivé par la malveillance. Comme le lord juge Greer l'a expliqué dans *Watt c. Longsdon*, [1930] 1 K.B. 130 (C.A.), p. 154-155, cité avec approbation par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Christie c. Westcom Radio Group Ltd.* (1990), 75 D.L.R. (4th) 546, p. 554, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. vii :

[TRADUCTION] On peut croire à la véracité d'une déclaration diffamatoire, mais la publier sans se soucier que cette croyance soit fondée ou non. On peut diffuser un libelle pour un motif illégitime dans des circonstances où une immunité s'applique, même si on croit à la véracité de la déclaration. [ . . . ] Je souscris à l'exposé du droit qui se trouve à la p. 354 de la 5<sup>e</sup> édition du monumental ouvrage de feu M. Blake Odgers sur le libelle et la diffamation [ . . . ] : « La colère peut souvent pousser quelqu'un à tenir des propos exagérés ou injustifiables; ou faire en sorte qu'il oublie où il se trouve et à qui il s'adresse ou comment ses écrits seront publiés et à qui ils seront destinés. De toute évidence, cela n'est souvent qu'une preuve ténue de malveillance; le jury absoudra généralement un léger excès de zèle vertueux. Dans certains cas, cependant, [ . . . ] de tels excès ont permis au demandeur d'obtenir gain de cause . . . ».

[105] Similarly, an Australian court has noted that “personal animosity may perfectly well consort with sincerity to produce a comment which is harmful and unfair” (*Renouf v. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35 (S.C.), at p. 54). Australia maintains essentially the same test of malice as exists in Canada: whether malice was the dominant motive for publication (see M. Gillooly, *The Law of Defamation in Australia and New Zealand* (1998), at pp. 132-33).

[106] The requirement that malice be the *dominant* motive for expressing an opinion in order to defeat fair comment helps maintain a proper balance between protecting freedom of expression and reputation. Arguments between ideologically-opposed participants in a public debate often breed bitterness, but such debate remains valuable and worthy of protection in a democratic society. However, while it is not appropriate to judge the objective fairness of an opinion, the protection of reputation may justify judging the motive for expressing it. After all, the purpose of the fair comment defence is to protect and encourage free debate on issues of public importance. Opinions published with the primary intention of injuring another person (for example), rather than furthering public debate, are sufficiently far removed from the type of speech the defence was intended to protect that they may justifiably be excluded from the scope of its protection.

[107] The trial judge concluded that malice was not the dominant motivation for publication and, for the above reasons, I would allow the appeal and dismiss the action with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[108] ROTHSTEIN J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Binnie J. and LeBel J. I agree with Binnie J. that the statements in question were defamatory but that the defence of fair comment applies.

[105] De la même façon, un tribunal australien a souligné que [TRADUCTION] « l’animosité et la sincérité peuvent très bien coexister pour produire un commentaire préjudiciable et déloyal » (*Renouf c. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd.* (1977), 17 A.C.T.R. 35 (S.C.), p. 54). Le critère appliqué en Australie en matière de malveillance semble pratiquement identique à celui qui est employé ici : la malveillance était-elle le motif dominant de la diffusion? (voir M. Gillooly, *The Law of Defamation in Australia and New Zealand* (1998), p. 132-133).

[106] Le fait d’exiger que les propos soient *principalement* motivés par la malveillance pour écarter la défense de commentaire loyal contribue au maintien de l’équilibre entre la protection de la liberté d’expression et celle de la réputation. Les débats entre tenants d’idéologies opposées engendrent souvent de l’acrimonie, mais leur valeur dans une société démocratique n’en est pas diminuée pour autant et ils demeurent dignes de protection. Toutefois, bien qu’il ne convienne pas de déterminer si la teneur d’une opinion est objectivement juste, la protection de la réputation peut justifier l’examen des motifs d’une expression particulière d’opinion. Après tout, la défense de commentaire loyal entend protéger et encourager la libre discussion sur des questions d’importance publique. Les opinions dont la diffusion vise principalement à causer du tort à autrui (par exemple), au lieu de chercher à promouvoir le débat public, deviennent suffisamment étrangères au type d’expression que ce moyen de défense vise à protéger pour qu’elles soient exclues à bon droit de son champ d’application.

[107] La juge de première instance a conclu que la malveillance n’était pas la motivation principale de la diffusion, et, pour les motifs que je viens d’exposer, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter l’action avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[108] LE JUGE ROTHSTEIN — J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Binnie et LeBel. Je conviens avec le juge Binnie que les propos en cause sont diffamatoires, mais que la défense de commentaire loyal s’applique.

[109] However, I disagree that to satisfy the fair comment defence, there is a requirement to prove objective honest belief. On this issue, I am in agreement with the reasons and analysis of LeBel J. The defence of fair comment should only require the defendant to prove (a) that the statement constituted comment, (b) that it had a basis in true facts and (c) that it concerned a matter of public interest; and these requirements were met in this case. Although the issue of malice is not before the Court on this appeal, I also agree with LeBel J.'s discussion in respect of the element of malice.

[110] If objective honest belief means the honest belief of anyone, no matter how "prejudiced . . . exaggerated or obstinate" in his or her views, I cannot think of an example in which the test of objective honest belief could not be met once it is demonstrated that the comment has a basis in true facts. In my respectful view, the test of objective honest belief adds only an unnecessary complexity to the analysis of fair comment.

[111] I agree with Binnie J. that the trial judge's conclusion that the fair comment defence was not vitiated by malice was not appealed.

[112] Like both Binnie and LeBel JJ., I would allow the appeal with costs throughout and dismiss the action.

## APPENDIX

Transcript of CKNW editorial broadcast of October 25, 1999

RAFE MAIR: And a very pleasant Monday, the 25th of October. Around the province of British Columbia on the WIC network I'm Rafe Mair broadcasting from the Pacific Centre in downtown Vancouver.

I really hate to give Kari Simpson any more publicity, something she soaks up like a blotter, but she's become

[109] Je ne pense toutefois pas que le critère de la croyance honnête objective doit être établie pour que la défense de commentaire loyal soit retenue. Sur cette question, je souscris aux motifs et au raisonnement du juge LeBel. Pour bénéficier de la défense de commentaire loyal, le défendeur doit seulement prouver que les propos en cause a) constituent un commentaire, b) reposent sur des faits authentiques et c) portent sur une question d'intérêt public. Or, ces éléments ont été démontrés en l'espèce. Bien que la question de la malveillance ne soit pas soulevée dans le pourvoi, je souscris également à l'analyse effectuée par le juge LeBel en ce qui a trait à la malveillance.

[110] Si la croyance honnête objective s'entend de la croyance honnête d'une personne quelconque, quelle que soit la force « de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions », je ne peux imaginer un cas où il serait impossible de satisfaire au critère de la croyance honnête objective une fois qu'il aura été démontré que le commentaire repose sur des faits authentiques. J'estime, en toute déférence, que le critère de la croyance honnête objective a pour seul effet d'accroître inutilement la complexité de l'analyse du commentaire loyal.

[111] Quant à la conclusion du juge de première instance selon laquelle la défense de commentaire loyal n'est pas entachée par la malveillance, je crois, comme le juge Binnie, qu'elle n'a pas été portée en appel.

[112] À l'instar des juges Binnie et LeBel, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de rejeter l'action.

## ANNEXE

[TRADUCTION]

Transcription de l'éditorial diffusé par CKNW le 25 octobre 1999

RAFE MAIR : Bonjour en ce lundi 25 octobre. Sur le réseau WIC, diffusant partout en Colombie-Britannique, c'est Rafe Mair qui vous parle du Pacific Centre, dans le centre-ville de Vancouver.

C'est vraiment à mon corps défendant que je fais encore de la publicité à Kari Simpson, qui l'absorbe comme

such a menace I really think something must be said. When I first knew Kari some 8 or 9 years ago she was involved in helping families whose children had been wrongfully taken by the authorities. She and I did a number of programmes on this, and this programme was nominated for a Michener Award as a consequence. Even more importantly the Ombudsman looked into the matter and changes were made. I felt very good about what Kari had done — she'd done excellent work — and what I'd been able to do by way of giving it some publicity. We worked together on other matters until it gradually became apparent to me that Kari was starting to become a little too uncritical of the causes she was taking. We both went overboard in the case of a lawyer's complaints against authorities. Although there was something in what he said, he went too far and he had to apologize. Then Kari got involved in a case where a Langley family didn't want their daughter to be forced to take essential medical treatment and the child died. There were other cases, one involving Munchausen's Syndrome, where Kari not only defied authority — nothing wrong with that — but she began to quarrel with experts, not based on another expert's opinion but on her own, offering as her qualifications that she was a mom. I began to wonder what had happened. Instead of well researched opinions Kari was now proceeding from a semi-religious base, and it was not long before the gay community was in her sights. The next thing I knew an editorial of mine stating my belief in the civil liberties of all including gays brought a letter from her claiming that I was in favour of grown men molesting young boys. To say the least I was taken aback, and after demanding an apology and not getting one told my producers that I no longer wish to have anything to do with her. Now, part of that I admit was personal. Who wouldn't be mortified of being accused of supporting paedophilia but most of it was that I could no longer trust her judgment, and I certainly couldn't judge what she presented as fact.

Then Kari got involved in the recall effort against Paul Ramsey in Prince George — Kari lives in Langley — on the basis that he was soft on the gay issue in the Surrey school system, those two harmless or three harmless books that the School Board and some of the parents had set their hair on fire all about. By this time in my view Kari had become unbalanced on the subject. I could only conclude and it's still my opinion that once her organization got a little bigger and got some funds it went to Kari's head, but that's just what I think. Whatever, she's become more than just a little hung up

un buvard, mais elle est devenue une telle plaie que je crois vraiment qu'il faut dire quelque chose. Quand j'ai fait sa connaissance, il y a 8 ou 9 ans, elle aidait des familles dont les enfants avaient été abusivement placés par les autorités. Elle et moi avions consacré quelques émissions à ce sujet, et cette émission avait été mise en nomination pour un prix Michener. Plus important encore, l'ombudsman avait examiné la question, et des changements avaient été faits. J'étais fier de ce que Kari avait accompli — elle avait fait de l'excellent travail — et j'étais très content de l'aide que j'avais pu lui apporter en lui faisant de la publicité. Nous avons travaillé sur d'autres sujets, jusqu'à ce que je me rende compte que Kari commençait à perdre son sens critique à l'égard des causes qu'elle défendait. Tous les deux, nous nous sommes emballés pour la cause d'un avocat qui a porté plainte contre les autorités. Bien qu'il ait eu raison sur certains points, il est allé trop loin et a dû s'excuser. Puis Kari s'est intéressée au cas d'une famille de Langley qui s'opposait à ce que leur fille reçoive des soins médicaux essentiels, et l'enfant est morte. Il y a eu d'autres cas, dont un au sujet du syndrome de Munchausen, où non contente de défier l'autorité — rien à redire là-dessus — Kari a commencé à contredire les experts non pas sur la base d'une autre opinion d'expert mais sur sa propre expérience, fondée sur son expérience de mère. J'ai commencé à me demander ce qui s'était passé. Au lieu de faire le tour d'une question, Kari agissait maintenant sur une base semi-religieuse et, très rapidement, elle a pris la communauté gaie pour cible. Ensuite, elle a répondu à un éditorial dans lequel je déclarais croire que les libertés civiles étaient pour tous, y compris les homosexuels, en affirmant dans une lettre que j'approuvais que des hommes abusent de jeunes garçons. Le moins qu'on puisse dire est que ça m'a sidéré et, après avoir demandé en vain des excuses, j'ai fait savoir à mes producteurs que je ne voulais plus rien savoir d'elle. Il y avait des raisons d'ordre personnel, je l'admets. Qui ne s'offenserait pas d'être accusé d'appuyer la pédophilie. Mais la principale raison était que je ne pouvais plus me fier à son jugement, et je ne pouvais certainement plus me faire une idée sur ce qu'elle présentait comme des faits.

Ensuite, Kari pris part à la tentative de faire destituer Paul Ramsey dans Prince George — Kari vit à Langley — à cause de son attitude conciliante concernant la question gay dans le système scolaire de Surrey, ces deux ou trois manuels inoffensifs autour desquels s'agitaient le conseil scolaire et certains parents. J'estimais alors que Kari avait perdu toute mesure à ce sujet. Je ne pouvais que conclure — et je le pense encore — que plus son organisation prenait du poids et recueillait de fonds, plus cela lui montait à la tête, mais ce n'est que mon avis personnel. Quoi qu'il en soit,

on gays in the school system and more than just a little disingenuous when she claims that she doesn't really have anything against homosexuals. This latest business in Surrey is a disgrace. That parents would start taking children out of school because the teacher is a gay is beyond my comprehension. Everyone that I know had a gay teacher somewhere along the line. I had two that I know of. One was a man and he was a good teacher, no more nor less than that, but his sexual preferences had no impact whatever on either of us. The other, even though she is long dead, I will simply call Miss L. Miss L. was my music teacher in grades 3 and 4, and she was superb. I learned to read music at that young age thanks to her. What is fascinating about Miss L. was that in those days, the early 40's, she was living in an open lesbian relationship, unheard of and more than just a bit courageous and was bringing up a young boy who eventually became a distinguished professional having a happily married life and family. I didn't know Miss L. was a lesbian then although I did by the time I was in junior high school, and I can tell you she's one of the three or four teachers I've had who had a profoundly positive effect on my learning. I tell you this because I don't think that there are very many of you listening who didn't have a gay teacher somewhere, whether you knew it or not.

Before Kari was on my colleague Bill Good's show last Friday I listened to the tape of the parents' meeting the night before where Kari harangued the crowd. It took me back to my childhood when with my parents we would listen to bigots who with increasing shrillness would harangue the crowds. For Kari's homosexual one could easily substitute Jew. I could see Governor Wallace — in my mind's eye I could see Governor Wallace of Alabama standing on the steps of a schoolhouse shouting to the crowds that no Negroes would get into Alabama schools as long as he was governor. It could have been blacks last Thursday night just as easily as gays. Now I'm not suggesting that Kari was proposing or supporting any kind of holocaust or violence but neither really — in the speeches, when you think about it and look back — neither did Hitler or Governor Wallace or [Orval Faubus] or Ross Barnett. They were simply declaring their hostility to a minority. Let the mob do as they wished.

As I listened to Kari Simpson I wondered about her, but I also wondered what was the matter with those parents, and my colleague Bill Good said it all on Friday when he said he'd rather have a competent gay teacher teach

elle n'est pas qu'un peu obsédée par les homosexuels dans le système scolaire, et pas qu'un peu malhonnête lorsqu'elle clame qu'elle n'a rien contre les homosexuels. Ce qui vient de se passer à Surrey est déplorable. Je ne puis comprendre que des parents retirent leurs enfants des écoles parce que le professeur est homosexuel. Tous ceux que je connais ont eu un professeur homosexuel à un moment ou l'autre. Moi-même, j'en ai eu deux à ma connaissance. Un homme, et un bon professeur, ni plus ni moins, mais son orientation sexuelle n'a eu absolument aucune incidence sur nous. L'autre, que j'appellerai simplement M<sup>lle</sup> L., même si elle est morte depuis longtemps, était ma professeure de musique en troisième et quatrième années, et elle était fantastique. C'est grâce à elle que j'ai appris à lire la musique aussi jeune. Ce qui est fascinant, c'est qu'à cette époque, au début des années quarante, elle vivait ouvertement sa relation homosexuelle, ce qu'on n'avait encore jamais vu et qui demandait un grand courage, et elle élevait un jeune garçon qui est devenu un professionnel estimé et qui vit heureux avec sa femme et ses enfants. Je ne savais pas alors que M<sup>lle</sup> L. était lesbienne, même si je l'ai compris plus tard, à l'école secondaire, mais je peux vous dire qu'elle figure parmi les trois ou quatre professeurs dont l'influence sur mon apprentissage a été marquante. Je vous en parle parce que je ne crois pas qu'il y en ait beaucoup parmi vous qui n'aient pas eu de professeurs homosexuels, que vous l'ayez su ou non.

Avant que Kari participe à l'émission de mon collègue Bill Good vendredi dernier, j'ai écouté l'enregistrement de la réunion de parents tenue la veille, au cours de laquelle Kari a harangué l'auditoire. Ça m'a ramené à mon enfance, lorsque mes parents et moi écoutions les discours de plus en plus stridents d'orateurs intolérants. On pourrait facilement substituer des juifs aux homosexuels de ses discours. Je pouvais voir le gouverneur Wallace — je pouvais, en esprit, voir le gouverneur Wallace de l'Alabama, debout sur le perron d'une école, hurlant à la foule qu'aucun nègre n'entrerait dans une école de l'Alabama tant qu'il serait gouverneur. Les propos de jeudi dernier auraient tout aussi bien pu viser des Noirs que des homosexuels. Je ne veux pas dire que Kari proposait ou appuyait tout genre d'holocauste ou de violence, mais quand on y pense ou qu'on y revient, ni Hitler, ni le gouverneur Wallace, [Orval Faubus] ou Ross Barnett ne l'ont vraiment fait non plus dans leurs discours. Ils déclaraient seulement leur hostilité à l'endroit d'une minorité. Laissons la foule faire comme elle l'entend.

En écoutant Kari Simpson, je me demandais ce qui lui arrivait, mais je me demandais aussi quelle mouche avait piqué les parents en question. Et je pense que mon ami Bill Good a bien résumé la situation, vendredi, lorsqu'il

his kids than a vicious gay-basher. Don't make any mistake on this score. There is no distinction between condemning the rights of blacks or Jews and condemning the civil rights of homosexuals. Whether she realizes it or not, Kari has by her actions placed herself alongside skinheads and the Ku Klux Klan. I'm not talking the violent aspects of those groups but the philosophical parallels to other examples of intolerance.

What's next on the agenda in Surrey? Will there be a 1999 version of the Scopes trial in Tennessee in the 20's whereafter the legal fight of the century between William Jennings Bryan and Clarence Darrow, a teacher named John Scopes was found guilty of teaching evolution? Or will it get even nastier with someone suitably impressed with the wisdom of Kari's rantings deciding to take the law into his own hands and do God's work? We all live under the law, my friends, and we live under a law which guarantees everyone rights, whatever their race, creed, sex, marital status or sexual preference, and the tactics of the bigot are the same no matter what the object of their venom happens to be. Kari Simpson is not a violent person. I in no way compare her to the violent people in the past that I spoke of and alluded to. The trouble is people who don't want violence often unwittingly provoke it, and Kari Simpson is thank God permitted in our society to say exactly what she wishes, but the other side of the free speech coin is a public decent enough to know a mean-spirited, power mad, rabble rousing and, yes, dangerous bigot when they see one.

When we come back we'll talk to Mike Smyth right after this.

(A.R., at pp. 389-90)

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Lianne W. Potter Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: Osgoode Hall Law School of York University, North York.*

a dit qu'il préférerait voir un professeur homosexuel compétent enseigner à ses enfants plutôt qu'un homophobe malveillant. Ne vous trompez pas. Il n'y a pas de différence entre priver les Noirs et les juifs de leurs droits civils et en priver les homosexuels. Qu'elle en soit consciente ou non, Kari s'est rangée, par ses actions, dans le camp des skinheads et du Ku Klux Klan. Je ne parle pas de l'aspect violent de ces groupes, mais je fais un parallèle avec la philosophie sous-tendant d'autres cas d'intolérance.

Quel est le prochain point à l'ordre du jour dans Surrey? Y aura-t-il une version 1999 du procès Scopes tenu au Tennessee dans les années 20, la bataille judiciaire du siècle que se sont livrée William Jennings Bryan et Clarence Darrow, à l'issue de laquelle un professeur du nom de John Scopes a été déclaré coupable d'avoir enseigné la théorie de l'évolution? Ou verrons-nous pire, quelqu'un, dûment pénétré de la sagesse des déclarations de Kari, qui décide de se faire justicier et d'accomplir la parole de Dieu? Nous sommes tous soumis aux lois, mes amis, et nous sommes tous soumis à une loi qui garantit les droits de tous, indépendamment de la race, de la croyance, du sexe, de l'état matrimonial ou de l'orientation sexuelle. Les tactiques des fanatiques sont les mêmes quel que soit l'objet de leur fiel. Kari Simpson n'est pas une personne violente. Je ne l'assimile d'aucune façon aux figures violentes du passé dont j'ai parlé ou auxquelles j'ai fait allusion. Le problème, c'est que les gens qui ne veulent pas la violence la provoquent souvent involontairement, et si, Dieu merci, Kari Simpson peut dire ce qu'elle veut dans notre société libre, il y a, de l'autre côté de la médaille de la liberté d'expression, un auditoire assez honnête pour reconnaître une fanatique haineuse, assoiffée de pouvoir, agitatrice et, oui, dangereuse, lorsqu'il en voit une.

Après la pause, nous parlons avec Mike Smyth.

(d.a., p. 389-390)

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée : Lianne W. Potter Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osgoode Hall Law School of York University, North York.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Holmes & King, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the British Columbia Association of Broadcasters, RTNDA Canada/ The Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists and Canadian Journalists for Free Expression (Collectively "Media Coalition"): Brian MacLeod Rogers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Holmes & King, Vancouver.*

*Procureur des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, British Columbia Association of Broadcasters, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes et Journalistes canadiens pour la liberté d'expression (collectivement appelés « Coalition des médias ») : Brian MacLeod Rogers, Toronto.*



**John Michael Kapp, Robert Agricola, William Anderson, Albert Armstrong, Dale Armstrong, Lloyd James Armstrong, Pasha Berlak, Kenneth Axelson, Michael Beml, Leonard Botkin, John Brodie, Darrin Chung, Donald Connors, Bruce Crosby, Barry Dolby, Wayne Ellis, William Gaunt, George Horne, Hon van Lam, William Leslie Sr., Bob M. McDonald, Leona McDonald, Stuart McDonald, Ryan McEachern, William McIsaac, Melvin (Butch) Mitchell, Ritchie Moore, Galen Murray, Dennis Nakutsuru, Theodore Neef, David Luke Nelson, Phuoc Nguyen, Nung Duc Gia Nguyen, Richard Nomura, Vui Phan, Robert Powroznik, Bruce Probert, Larry Salmi, Andy Sasidiak, Colin R. Smith, Donna Sonnenberg, Den van Ta, Cedric Towers, Thanh S. Tra, George Tudor, Mervin Tudor, Dieu To Ve, Albert White, Gary Williamson, Jerry A. Williamson, Spencer J. Williamson, Kenny Yoshikawa, Dorothy Zilcosky and Robert Zilcosky *Appellants***

v.

**Her Majesty The Queen *Respondent***

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Tsawwassen First Nation, Haisla Nation, Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations), Heiltsuk Nation, Musqueam Indian Band, Cowichan Tribes, Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association, United Fishermen and Allied Workers**

**John Michael Kapp, Robert Agricola, William Anderson, Albert Armstrong, Dale Armstrong, Lloyd James Armstrong, Pasha Berlak, Kenneth Axelson, Michael Beml, Leonard Botkin, John Brodie, Darrin Chung, Donald Connors, Bruce Crosby, Barry Dolby, Wayne Ellis, William Gaunt, George Horne, Hon van Lam, William Leslie Sr., Bob M. McDonald, Leona McDonald, Stuart McDonald, Ryan McEachern, William McIsaac, Melvin (Butch) Mitchell, Ritchie Moore, Galen Murray, Dennis Nakutsuru, Theodore Neef, David Luke Nelson, Phuoc Nguyen, Nung Duc Gia Nguyen, Richard Nomura, Vui Phan, Robert Powroznik, Bruce Probert, Larry Salmi, Andy Sasidiak, Colin R. Smith, Donna Sonnenberg, Den van Ta, Cedric Towers, Thanh S. Tra, George Tudor, Mervin Tudor, Dieu To Ve, Albert White, Gary Williamson, Jerry A. Williamson, Spencer J. Williamson, Kenny Yoshikawa, Dorothy Zilcosky et Robert Zilcosky *Appelants***

c.

**Sa Majesté la Reine *Intimée***

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Première nation Tsawwassen, Nation Haisla, bande indienne des Songhees, Première nation Malahat, Première nation des T'Sou-ke, Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw), Nation Heiltsuk, bande indienne des Musqueams, tribus Cowichan, Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association, United**

**Union, Japanese Canadian Fishermens Association, Atlantic Fishing Industry Alliance, Nee Tahi Buhn Indian Band, Tseshahht First Nation and Assembly of First Nations** *Intervenors*

**Fishermen and Allied Workers Union, Japanese Canadian Fishermens Association, Atlantic Fishing Industry Alliance, bande indienne Nee Tahi Buhn, Première nation Tseshahht et Assemblée des Premières nations** *Intervenants*

**INDEXED AS: R. v. KAPP**

**RÉPERTORIÉ : R. c. KAPP**

**Neutral citation: 2008 SCC 41.**

**Référence neutre : 2008 CSC 41.**

File No.: 31603.

N<sup>o</sup> du greffe : 31603.

2007: December 11; 2008: June 27.

2007 : 11 décembre; 2008 : 27 juin.

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

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

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Affirmative action programs — Relationship between s. 15(1) and s. 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ambit and operation of s. 15(2) — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether program protected by s. 15(2) of Charter.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes de promotion sociale — Lien entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Portée et application de l'art. 15(2) — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le programme en cause est-il protégé par l'art. 15(2) de la Charte?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Aboriginal rights and freedoms not affected by Charter — Right to equality — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether s. 25 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to insulate program from discrimination charge.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Maintien des droits et libertés des Autochtones — Droit à l'égalité — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — L'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés soustrait-il le programme en cause à l'accusation de discrimination?*

*Fisheries — Commercial fishery — Aboriginal Fisheries Strategy — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether licence constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.*

The federal government's decision to enhance aboriginal involvement in the commercial fishery led to the Aboriginal Fisheries Strategy. A significant part of the Strategy was the introduction of three pilot sales programs, one of which resulted in the issuance of a communal fishing licence to three aboriginal bands, permitting fishers designated by the bands to fish for salmon in the mouth of the Fraser River for a period of 24 hours and to sell their catch. The appellants, who are all commercial fishers, mainly non-aboriginal, excluded from the fishery during this 24-hour period, participated in a protest fishery and were charged with fishing at a prohibited time. At their trial, they argued that the communal fishing licence discriminated against them on the basis of race. The trial judge found that the licence granted to the three bands was a breach of the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that was not justified under s. 1 of the *Charter*. Proceedings on all the charges were stayed. A summary convictions appeal by the Crown was allowed. The stay of proceedings was lifted and convictions were entered against the appellants. The Court of Appeal upheld that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed. The communal fishing licence was constitutional.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The communal fishing licence falls within the ambit of s. 15(2) of the *Charter*, and the appellants' claim of a violation of s. 15 cannot succeed. [3]

Section 15(1) and s. 15(2) work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole. The focus of s. 15(1) is on preventing

*Pêche — Pêche commerciale — Stratégie relative aux pêches autochtones — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le permis était-il conforme à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.*

La décision du gouvernement fédéral de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale est à l'origine de la Stratégie relative aux pêches autochtones. Cette stratégie a, dans une large mesure, consisté à établir trois programmes pilotes de vente, dont l'un a donné lieu à la délivrance, aux trois bandes autochtones, d'un permis de pêche communautaire autorisant les pêcheurs désignés par ces bandes à pêcher le saumon à l'embouchure du fleuve Fraser pendant une période de 24 heures, de même qu'à vendre leurs prises. Les appelants, tous des pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, qui se sont vu interdire de pêcher pendant cette période de 24 heures, ont participé à une pêche de protestation et ont été accusés d'avoir pêché pendant une période interdite. Lors de leur procès, ils ont fait valoir que le permis de pêche communautaire était discriminatoire à leur égard en raison de leur race. Le juge de première instance a conclu que le permis délivré aux trois bandes portait atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il a ordonné l'arrêt des procédures relatives à toutes les accusations. L'appel de la Couronne contre les déclarations sommaires de culpabilité a été accueilli. L'arrêt des procédures a été levé et des déclarations de culpabilité ont été inscrites contre les appelants. La Cour d'appel a maintenu cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. Le permis de pêche communautaire était conforme à la Constitution.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Le permis de pêche communautaire relève du par. 15(2) de la *Charte* et l'allégation des appelants voulant qu'il y ait eu violation de l'art. 15 ne saurait être retenue. [3]

Les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de promouvoir l'idée d'égalité réelle qui sous-tend l'ensemble de l'art. 15. Le paragraphe 15(1) a pour objet

governments from making distinctions based on enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating disadvantage or prejudice or imposing disadvantage on the basis of stereotyping. The focus of s. 15(2) is on enabling governments to pro-actively combat discrimination by developing programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation. Through s. 15(2), the *Charter* preserves the right of governments to implement such programs without fear of challenge under s. 15(1). It is thus open to the government, when faced with a s. 15 claim, to establish that the impugned program falls under s. 15(2) and is therefore constitutional. If the government fails to do so, the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory. [16] [37] [40]

A distinction based on an enumerated or analogous ground in a government program will not constitute discrimination under s. 15 if, under s. 15(2): (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. Given the language of the provision and its purpose, legislative goal is the paramount consideration in determining whether or not a program qualifies for s. 15(2) protection. The program's ameliorative purpose need not be its sole object. [41] [44] [48] [50] [57]

The government program at issue here is protected by s. 15(2) of the *Charter*. The communal fishing licence was issued pursuant to an enabling statute and regulations and qualifies as a "law, program or activity" within the meaning of s. 15(2). The program also "has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups". The Crown describes numerous objectives for the program, which include negotiating solutions to aboriginal fishing rights claims, providing economic opportunities to native bands and supporting their progress towards self-sufficiency. The means chosen to achieve the purpose (special fishing privileges for aboriginal communities, constituting a benefit) are rationally related to serving that purpose. The Crown has thus established a credible ameliorative purpose for the program. The program also targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. The bands granted the benefit were disadvantaged in terms of income, education and a host of other measures. This disadvantage, rooted in history, continues to this day. The fact that some individual members of the bands may not experience personal disadvantage does not negate the group disadvantage

d'empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d'imposer un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à permettre aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination au moyen de programmes destinés à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation. Grâce au par. 15(2), la *Charte* protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre de tels programmes sans s'exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1). Lorsqu'il fait face à une allégation fondée sur l'art. 15, le gouvernement peut établir que le programme contesté relève du par. 15(2) et est donc conforme à la Constitution. Si le gouvernement ne le fait pas, le programme doit alors être assujéti à un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s'il a un effet discriminatoire. [16] [37] [40]

La distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue qu'établit un programme gouvernemental n'est pas discriminatoire au sens de l'art. 15 si, au regard du par. 15(2), ce programme (1) a un objet améliorateur ou réparateur et (2) vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Compte tenu du libellé et de l'objet de la disposition, l'objectif législatif est la considération primordiale pour déterminer si un programme peut bénéficier de la protection du par. 15(2). Il n'est pas nécessaire que le programme vise uniquement un objet améliorateur. [41] [44] [48] [50] [57]

Le programme gouvernemental en cause dans la présente affaire est protégé par le par. 15(2) de la *Charte*. Le permis de pêche communautaire a été délivré conformément à une loi habilitante et à son règlement d'application, et il constitue une « lo[i], [un] programm[e] ou [une] activit[é] » au sens du par. 15(2). Le programme est aussi « destin[é] à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». La Couronne associe maints objectifs au programme, dont ceux consistant à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l'autosuffisance. Les moyens choisis pour réaliser cet objectif (l'attribution aux collectivités autochtones de privilèges spéciaux en matière de pêche qui constituent un avantage) ont un lien rationnel avec la poursuite de cet objectif. La Couronne a donc prouvé que le programme avait un objet améliorateur crédible. Le programme vise également un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Les bandes qui se sont vu accorder l'avantage en question étaient défavorisées sur les plans du revenu et de l'éducation, et à maints autres égards.

suffered by band members. It follows that the program does not violate the equality guarantee of s. 15 of the *Charter*. [30] [57-59] [61]

With respect to s. 25 of the *Charter*, it is not clear that the communal fishing licence at issue lies within the provision's compass. The wording of s. 25 and the examples given therein suggest that only rights of a constitutional character are likely to benefit from s. 25. A second concern is whether, even if the fishing licence does fall under s. 25, the result would constitute an absolute bar to the appellants' s. 15 claim, as distinguished from an interpretive provision informing the construction of potentially conflicting *Charter* rights. Prudence suggests that these issues, which raise complex questions of the utmost importance to the peaceful reconciliation of aboriginal entitlements with the interests of all Canadians, are best left for resolution on a case-by-case basis as they arise. [63-65]

*Per Bastarache J.*: Section 25 of the *Charter* operates to bar the appellants' constitutional challenge under s. 15. Although there is agreement with the restatement of the test for the application of s. 15 of the *Charter* set out in the main opinion, there is no need to go through a full s. 15 analysis before considering whether s. 25 applies. It is sufficient to establish the existence of a potential conflict between the pilot sales program and s. 15. [75] [77] [108]

Section 25 is not a mere canon of interpretation. It serves the purpose of protecting the rights of aboriginal peoples where the application of the *Charter* protections for individuals would diminish the distinctive, collective and cultural identity of an aboriginal group. This is consistent with the wording and history of the provision. The s. 25 shield against the intrusion of the *Charter* upon native rights or freedoms is restricted by s. 28 of the *Charter*, which provides for gender equality "[n]otwithstanding anything in this Charter". It is also restricted to its object, placing *Charter* rights and freedoms in juxtaposition to aboriginal rights and freedoms. This means in essence that only laws that actually impair native rights will be considered, not those that simply have incidental effects on natives. [80-81] [89] [93] [97]

Ce désavantage historique perdure de nos jours. Le fait que certains membres des bandes ne soient pas nécessairement personnellement défavorisés n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes. Il s'ensuit que le programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. [30] [57-59] [61]

En ce qui concerne l'art. 25 de la *Charte*, il n'est pas certain que le permis de pêche communautaire en cause tombe sous le coup de cet article. Le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y trouve indiquent que seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. Même dans l'hypothèse où le permis de pêche relèverait effectivement de l'art. 25, la deuxième question est de savoir si la demande des appelants fondée sur l'art. 15 serait totalement irrecevable, contrairement à ce qui se produirait dans le cas d'une disposition servant à interpréter des droits garantis par la *Charte* qui sont susceptibles d'entrer en conflit. Il serait plus prudent que ces questions — qui soulèvent des considérations complexes extrêmement importantes pour que les droits des Autochtones puissent être conciliés de manière pacifique avec les intérêts de tous les Canadiens — soient tranchées au fur et à mesure qu'elles seront soulevées dans des cas particuliers. [63-65]

*Le juge Bastarache* : L'article 25 de la *Charte* fait obstacle à la contestation constitutionnelle des appelants fondée sur l'art. 15. Bien que la réaffirmation du critère adopté dans les motifs principaux à l'égard de l'application de l'art. 15 de la *Charte* soit acceptée, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète au regard de l'art. 15 avant de se demander si l'art. 25 s'applique. Il suffit d'établir l'existence d'un conflit potentiel entre le programme pilote de vente et l'art. 15. [75] [77] [108]

L'article 25 n'est pas une simple norme d'interprétation. Il a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone. Cette interprétation s'accorde avec la formulation et l'historique de la disposition. L'article 25 qui sert de bouclier contre les incidences de la *Charte* sur les droits et les libertés des peuples autochtones est restreint par l'art. 28 de la *Charte*, qui établit l'égalité des sexes « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte ». Il est également limité à son objet, les droits et libertés garantis par la *Charte* étant juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones. Cela signifie, pour l'essentiel, que seules les lois qui portent véritablement atteinte à des droits des peuples autochtones seront prises en considération, et non celles qui ont uniquement des effets accessoires sur les Autochtones. [80-81] [89] [93] [97]

The reference to “aboriginal and treaty rights” in s. 25 suggests that the focus of the provision is the uniqueness of those persons or communities mentioned in the Constitution; the rights protected are those that are unique to them because of their special status. Legislation that distinguishes between aboriginal and non-aboriginal people in order to protect interests associated with aboriginal culture, territory, sovereignty or the treaty process deserves to be shielded from *Charter* scrutiny. Laws adopted under the power set out in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* would normally fall into this category, the power being in relation to the aboriginal peoples as such, but not laws that fall under s. 88 of the *Indian Act*, because they are by definition laws of general application. “[O]ther rights or freedoms” in s. 25 comprise statutory rights which seek to protect interests associated with aboriginal culture, territory, self-government, and settlement agreements that are a replacement for treaty and aboriginal rights. But private rights of individual Indians held in a private capacity as ordinary Canadian citizens would not be protected. Section 25 reflects the imperative need to accommodate, recognize and reconcile aboriginal interests. [103] [105-106]

There are three steps in the application of s. 25. The first step requires an evaluation of the claim in order to establish the nature of the substantive *Charter* right and whether the claim is made out, *prima facie*. The second step requires an evaluation of the native right to establish whether it falls under s. 25. The third step requires a determination of the existence of a true conflict between the *Charter* right and the native right. [111]

Here, there is a *prima facie* case of discrimination pursuant to s. 15(1). The right given by the pilot sales program is limited to Aboriginals and has a detrimental effect on non-aboriginal commercial fishers who operate in the same region as the beneficiaries of the program. It is also clear that the disadvantage is related to racial differences. The native right falls under s. 25. The unique relationship between British Columbia aboriginal communities and the fishery should be enough to draw a link between the right to fish given to Aboriginals pursuant to the pilot sales program and the rights contemplated by s. 25. The right to fish has consistently been the object of claims based on aboriginal rights and treaty rights, the enumerated terms in the provisions. Furthermore, the Crown itself argued that these rights to fish were a first step in establishing

La mention à l’art. 25 des « droits ou libertés ancestraux et issus de traités » indique que la disposition est axée sur le caractère tout à fait particulier des personnes ou des collectivités mentionnées dans la Constitution; les droits protégés sont ceux qui leur sont propres en raison de leur statut spécial. Un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d’être soustrait à l’examen fondé sur la *Charte*. Les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, puisqu’il s’agit par définition de lois d’application générale. Sont compris dans les droits et libertés « autres » à l’art. 25 les droits d’origine législative qui visent à protéger des intérêts liés à la culture, au territoire et à l’autonomie gouvernementale des Autochtones, ainsi que les accords de règlement qui remplacent des droits ancestraux ou issus de traités. Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés. L’article 25 traduit la nécessité impérieuse de trouver des accommodements aux intérêts des peuples autochtones, de les reconnaître et de les concilier. [103] [105-106]

L’application de l’art. 25 comporte trois étapes. La première exige une évaluation de la revendication afin d’établir la nature du droit fondamental garanti par la *Charte* et de déterminer si le bien-fondé de la revendication a été établi à première vue. La deuxième étape consiste à évaluer le droit autochtone afin de déterminer s’il relève de l’art. 25. La troisième étape consiste à déterminer s’il existe un conflit véritable entre le droit garanti par la *Charte* et le droit autochtone. [111]

En l’espèce, il existe une preuve *prima facie* de discrimination selon le par. 15(1). Le droit conféré par le programme pilote de vente est limité aux Autochtones et a un effet préjudiciable aux pêcheurs commerciaux non autochtones actifs dans la même région que les bénéficiaires du programme. Il est clair aussi que le désavantage est lié à des différences raciales. Le droit autochtone est visé par l’art. 25. Le rapport tout à fait particulier des communautés autochtones de la Colombie-Britannique avec la pêche devrait suffire à établir un lien entre le droit de pêche donné aux Autochtones en vertu du programme pilote de vente et les droits envisagés à l’art. 25. Le droit de pêche a constamment fait l’objet de revendications fondées sur les droits ancestraux et les droits issus de traités, soit les termes énumérés dans les dispositions. En outre, la Couronne elle-même a prétendu

a treaty right and s. 25 reflects the notions of reconciliation and negotiation present in the treaty process. Finally, the right in this case is totally dependent on the exercise of powers given to Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which deals with Indians. The *Charter* cannot be interpreted as rendering unconstitutional the exercise of powers consistent with the purposes of s. 91(24), nor is it rational to believe that every exercise of the s. 91(24) jurisdiction requires a justification under s. 1 of the *Charter*. Section 25 is a necessary partner to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; it protects s. 35(1) purposes and enlarges the reach of measures needed to fulfill the promise of reconciliation. There is also a real conflict here, since the right to equality afforded to every individual under s. 15 is not capable of application consistently with the rights of aboriginal fishers holding licences under the pilot sales program. Section 25 of the *Charter* accordingly applies in the present situation and provides a full answer to the claim. [116] [119-123]

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Abella J.

**Considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92, rev'd in part (1988), 55 Man. R. (2d) 263; *R. v. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, rev'd (1990), 68 Man. R. (2d) 203; *Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196, aff'd (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Bastarache J.

**Referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education*

que ces droits constituaient une première étape vers la constitution d'un droit issu d'un traité et l'art. 25 reflète les notions de réconciliation et de négociation présentes dans le processus des traités. Enfin, le droit dont il est question en l'espèce dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui concerne les Indiens. On ne peut interpréter la *Charte* comme si elle rendait inconstitutionnel l'exercice de pouvoirs conformes aux objectifs du par. 91(24), et il n'est pas logique de croire que tout exercice de la compétence établie au par. 91(24) exige une justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 25 est un compagnon indissociable du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il protège les objectifs du par. 35(1) et accroît la portée des mesures nécessaires pour que soit remplie la promesse de réconciliation. Il existe également un conflit véritable en l'espèce puisque l'application du droit à l'égalité reconnu à tous en vertu de l'art. 15 n'est pas compatible avec les droits des pêcheurs autochtones titulaires de permis dans le cadre du programme pilote de vente. Par conséquent, l'art. 25 de la *Charte* s'applique en l'espèce et constitue une réponse complète à la revendication. [116] [119-123]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Abella

**Arrêts examinés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92, inf. en partie par (1988), 55 Man. R. (2d) 263; *R. c. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, inf. par (1990), 68 Man. R. (2d) 203; *Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196, conf. par (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act*

*Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1; *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *R. v. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505.

#### Statutes and Regulations Cited

*Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332, s. 2 “aboriginal organization”.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, s. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 3, 15, 16(3), 21, 25, 27, 28, 29, 32(1)(a).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(24), 93.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Constitution Amendment Proclamation, 1983*, R.S.C. 1985, App. II, No. 46.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 81, 83, 85.1, 88.

#### Authors Cited

Arbour, Jane M. “The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3.  
 Baines, Beverley. “Equality, Comparison, Discrimination, Status”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto: Irwin Law, 2006, 73.  
 Bartlett, Richard H. “Survey of Canadian Law: Indian and Native Law” (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 431.  
 Brecht, Christopher D., and Adam M. Dodek. “Breaking the Law’s Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.

(*Ont.*), [1987] 1 R.C.S. 1148; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187; *Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1; *Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *R. c. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 3, 15, 16(3), 21, 25, 27, 28, 29, 32(1)a).  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, art. 2.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24), 93.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, ss. 81, 83, 85.1, 88.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14.  
*Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, L.R.C. 1985, app. II, n° 46.  
*Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, art. 2 « organisation autochtone ».

#### Doctrine citée

Arbour, Jane M. « The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3.  
 Baines, Beverley. « Equality, Comparison, Discrimination, Status », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto : Irwin Law, 2006, 73.  
 Bartlett, Richard H. « Survey of Canadian Law : Indian and Native Law » (1983), 15 *R.D. Ottawa* 431.  
 Brecht, Christopher D., and Adam M. Dodek. « Breaking the Law’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.



- Brunelle, Christian. « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143.
- Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Commission on Pacific Fisheries Policy. *Turning the Tide: A New Policy For Canada's Pacific Fisheries: Final Report*. Vancouver: The Commission, 1982.
- Canada. Fisheries and Oceans. *An Evaluation of the Pilot Sale Arrangement of Aboriginal Fisheries Strategy (AFS)*. Halifax: Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994.
- Canada. Government of Canada. White paper on the Constitution. *A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation*. Ottawa: Government of Canada, 1978.
- Canada. Senate. House of Commons. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, November 12, 1980, pp. 68 and 84.
- Cumming, Peter. « Canada's North and Native Rights », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa: Carleton University Press, 1985, 695.
- Dickson, Timothy. « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141.
- Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. « Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2) » (1997), 4 *Rev. Const. Stud.* 80.
- Fyfe, R. James. « Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.
- Gilbert, Daphne. « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *McGill L.J.* 627.
- Gilbert, Daphne, and Diana Majury. « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada DooMS Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.
- Goldenberg, André. « Salmon for Peanut Butter: Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61.
- Greschner, Donna. « Does Law Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299.
- Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2007, release 2).
- Brunelle, Christian. « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143.
- Canada. Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Commission sur la politique des pêches du Pacifique. *Pour remonter le courant: Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique: Rapport final*. Vancouver: La Commission, 1982.
- Canada. Gouvernement du Canada. Livre blanc sur la Constitution. *Le temps d'agir: Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1978.
- Canada. Pêches et Océans. *Évaluation des projets pilotes de vente de la stratégie relative aux pêches des autochtones (SRAPA)*. Halifax: Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994.
- Canada. Sénat. Chambre des communes. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 12 novembre 1980, p. 68 et 84.
- Cumming, Peter. « Canada's North and Native Rights », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa: Carleton University Press, 1985, 695.
- Dickson, Timothy. « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141.
- Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. « Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2) » (1997), 4 *R. études const.* 80.
- Fyfe, R. James. « Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.
- Gilbert, Daphne. « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627.
- Gilbert, Daphne, and Diana Majury. « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada DooMS Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.
- Goldenberg, André. « Salmon for Peanut Butter: Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61.
- Greschner, Donna. « Does Law Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299.
- Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2007, release 2).

- Hutchinson, Celeste. "Case Comment on *R. v. Kapp*: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter*" (2007), 52 *McGill L.J.* 173.
- Isaac, Thomas. "Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People" (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431.
- Juriansz, Russell G. "Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law Part I" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 447.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press, 1995.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa: Carleton University Press, 1985, 408.
- Lysyk, Kenneth M. "The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada", in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 467.
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- Martin, Sheilah. "Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299.
- McAllister, Debra M. "Section 15 — The Unpredictability of the *Law Test*" (2003-2004), 15 *N.J.C.L.* 3.
- McIntyre, Sheila. "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 95.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *S.C.L.R.* 255.
- Moran, Mayo. "Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 71.
- Moreau, Sophia Reibetanz. "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*. Montréal: LexisNexis, 2008.
- Ontario English-French Legal Lexicon*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Hutchinson, Celeste. « Case Comment on *R. v. Kapp* : An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter* » (2007), 52 *R.D. McGill* 173.
- Isaac, Thomas. « *Canadian Charter of Rights and Freedoms : The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People* » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431.
- Juriansz, Russell G. « Recent Developments in Canadian Law : Anti-Discrimination Law Part I » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 447.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*. New York : Oxford University Press, 1995.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. « Equality Rights and the Physically Handicapped », in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Carswell, 1985, 323.
- Lexique anglais-français du droit en Ontario*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1987.
- Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa : Carleton University Press, 1985, 408.
- Lysyk, Kenneth M. « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada », dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal : Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 591.
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 2001.
- Martin, Sheilah. « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299.
- McAllister, Debra M. « Section 15 — The Unpredictability of the *Law Test* » (2003-2004), 15 *R.N.D.C.* 3.
- McIntyre, Sheila. « Deference and Dominance : Equality Without Substance », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006, 95.
- McNeil, Kent. « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1982), 4 *S.C.L.R.* 255.
- Moran, Mayo. « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006, 71.
- Moreau, Sophia Reibetanz. « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*. Montréal : LexisNexis, 2008.

- Oxford English Dictionary*, vol. III, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "construe".
- Peirce, Michael. "A Progressive Interpretation of Sub-section 15(2) of the *Charter*" (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25*" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21.
- Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987.
- Picotte, Jacques. *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, t. I A. Moncton: École de droit, Université de Moncton, 1991, "atteinte".
- Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.
- Pothier, Dianne. "Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All?", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 135.
- Proulx, Daniel. "Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles", [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.
- Russell, Dan. *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2000.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. "What's *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions" (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.
- Sanders, Douglas. "Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada", in Stanley M. Beck and Ivan Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1983, 225.
- Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Schwartz, Bryan. *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985.
- Shachar, Ayelet. "The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State", in Christian Joppke and Steven Lukes, eds., *Multicultural Questions*. New York: Oxford University Press, 1999, 87.
- Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-1983), 8 *Queen's L.J.* 232.
- Oxford English Dictionary*, vol. III, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, « *construe* ».
- Peirce, Michael. « A Progressive Interpretation of Sub-section 15(2) of the *Charter* » (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263.
- Pentney, William. « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21.
- Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987.
- Picotte, Jacques. *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, t. I A. Moncton: École de droit, Université de Moncton, 1991, « atteinte ».
- Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.
- Pothier, Dianne. « Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All? », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 135.
- Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.
- Russell, Dan. *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2000.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. « What's *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.
- Sanders, Douglas. « Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada », in Stanley M. Beck and Ivan Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1. Montréal: Institut de recherches politiques, 1983, 225.
- Sanders, Douglas. « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Schwartz, Bryan. *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985.
- Shachar, Ayelet. « The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State », in Christian Joppke and Steven Lukes, eds., *Multicultural Questions*. New York: Oxford University Press, 1999, 87.
- Slattery, Brian. « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1982-1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Wildsmith, Bruce H. *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.

Wilkins, Kerry. “. . . But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government” (1999), 49 *U.T.L.J.* 53.

Zlotkin, Norman K. *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Mackenzie, Low, Levine and Kirkpatrick J.J.A.) (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 271 D.L.R. (4th) 70, [2006] 10 W.W.R. 577, 227 B.C.A.C. 248, 374 W.A.C. 248, 24 C.E.L.R. (3d) 99, [2006] 3 C.N.L.R. 282, 141 C.R.R. (2d) 249, [2006] B.C.J. No. 1273 (QL), 2006 CarswellBC 1407, 2006 BCCA 277, affirming a decision of Brenner C.J.S.C. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, [2004] 3 C.N.L.R. 269, 121 C.R.R. (2d) 349, [2004] B.C.J. No. 1440 (QL), 2004 CarswellBC 1607, 2004 BCSC 958, lifting a stay of proceedings by Kitchen Prov. Ct. J., [2003] 4 C.N.L.R. 238, [2003] B.C.J. No. 1772 (QL), 2003 CarswellBC 1881, 2003 BCPC 279. Appeal dismissed.

*Bryan Finlay, Q.C., J. Gregory Richards and Paul D. Guy*, for the appellants.

*Croft Michaelson and Paul Riley*, for the respondent.

*Sarah T. Kraicer and S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Isabelle Harnois and Brigitte Bussières*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Tsawwassen First Nation.

Wildsmith, Bruce H. *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Saskatoon : University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.

Wilkins, Kerry. « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999), 49 *U.T.L.J.* 53.

Zlotkin, Norman K. *Unfinished Business : Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*. Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Mackenzie, Low, Levine et Kirkpatrick) (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 271 D.L.R. (4th) 70, [2006] 10 W.W.R. 577, 227 B.C.A.C. 248, 374 W.A.C. 248, 24 C.E.L.R. (3d) 99, [2006] 3 C.N.L.R. 282, 141 C.R.R. (2d) 249, [2006] B.C.J. No. 1273 (QL), 2006 CarswellBC 1407, 2006 BCCA 277, qui a confirmé une décision du juge en chef Brenner (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, [2004] 3 C.N.L.R. 269, 121 C.R.R. (2d) 349, [2004] B.C.J. No. 1440 (QL), 2004 CarswellBC 1607, 2004 BCSC 958, qui a levé l'arrêt des procédures ordonné par le juge Kitchen, [2003] 4 C.N.L.R. 238, [2003] B.C.J. No. 1772 (QL), 2003 CarswellBC 1881, 2003 BCPC 279. Pourvoi rejeté.

*Bryan Finlay, c.r., J. Gregory Richards et Paul D. Guy*, pour les appellants.

*Croft Michaelson et Paul Riley*, pour l'intimée.

*Sarah T. Kraicer et S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Isabelle Harnois et Brigitte Bussières*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Richard James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Joseph J. Arvay, c.r., et Jeffrey W. Beedell*, pour l'intervenante la Première nation Tsawwassen.

*Allan Donovan and Bram Rogachevsky*, for the interveners the Haisla Nation.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations).

*Maria A. Morellato and Joanne R. Lysyk*, for the interveners the Heiltsuk Nation and the Musqueam Indian Band.

*F. Matthew Kirchner and Lisa C. Glowacki*, for the interveners the Cowichan Tribes.

*J. Keith Lowes*, for the interveners the Sportfishing Defence Alliance, the B.C. Seafood Alliance, the Pacific Salmon Harvesters Society, the Aboriginal Fishing Vessel Owners Association and the United Fishermen and Allied Workers Union.

*John Carpay and Chris Schafer*, for the interveners the Japanese Canadian Fishermens Association.

*Kevin O'Callaghan and Katey Grist*, for the interveners the Atlantic Fishing Industry Alliance.

*Ryan D. W. Dalziel*, for the interveners the Nee Tahi Buhn Indian Band.

*Hugh M. G. Braker, Q.C., and Anja P. Brown*, for the interveners the Tseshaht First Nation.

*Bryan P. Schwartz and Jack R. London, Q.C.*, for the interveners the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

#### A. Introduction

[1] The appellants are commercial fishers, mainly non-aboriginal, who assert that their equality rights

*Allan Donovan et Bram Rogachevsky*, pour l'intervenante la Nation Haisla.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour les intervenantes la bande indienne des Songhees, la Première nation Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw).

*Maria A. Morellato et Joanne R. Lysyk*, pour les intervenantes la Nation Heiltsuk et la bande indienne des Musqueams.

*F. Matthew Kirchner et Lisa C. Glowacki*, pour l'intervenante les tribus Cowichan.

*J. Keith Lowes*, pour les intervenantes Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association et United Fishermen and Allied Workers Union.

*John Carpay et Chris Schafer*, pour l'intervenante Japanese Canadian Fishermens Association.

*Kevin O'Callaghan et Katey Grist*, pour l'intervenante Atlantic Fishing Industry Alliance.

*Ryan D. W. Dalziel*, pour l'intervenante la bande indienne Nee Tahi Buhn.

*Hugh M. G. Braker, c.r., et Anja P. Brown*, pour l'intervenante la Première nation Tseshaht.

*Bryan P. Schwartz et Jack R. London, c.r.*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

#### A. Introduction

[1] Les appelants sont des pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, qui affirment que

under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by a communal fishing licence granting members of three aboriginal bands the exclusive right to fish for salmon in the mouth of the Fraser River for a period of 24 hours on August 19-20, 1998.

[2] The appellants base their claim on s. 15(1). The essence of the claim is that the communal fishing licence discriminated against them on the basis of race. The Crown argues that the general purpose of the program under which the licence was issued was to regulate the fishery, and that it ameliorated the conditions of a disadvantaged group. These contentions, taken together, raise the issue of the interplay between s. 15(1) and s. 15(2) of the *Charter*. Specifically, they require this Court to consider whether s. 15(2) is capable of operating independently of s. 15(1) to protect ameliorative programs from claims of discrimination — a possibility left open in this Court's equality jurisprudence.

[3] We have concluded that where a program makes a distinction on one of the grounds enumerated under s. 15 or an analogous ground but has as its object the amelioration of the conditions of a disadvantaged group, s. 15's guarantee of substantive equality is furthered, and the claim of discrimination must fail. As the communal fishing licence challenged in this appeal falls within s. 15(2)'s ambit — one of its objects being to ameliorate the conditions of the participating aboriginal bands — the appellants' claim of a violation of s. 15 cannot succeed. While the operation of s. 15(2) is sufficient to dispose of the appeal, these reasons, in addition to examining the respective roles of s. 15(1) and s. 15(2), will comment briefly on s. 25 of the *Charter*, in view of the reasons of Bastarache J. on this point.

#### B. Factual and Judicial History

[4] Prior to European contact, aboriginal groups living in the region of the mouth of the Fraser River fished the river for food, social and ceremonial

leurs droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés par un permis de pêche communautaire accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon à l'embouchure du fleuve Fraser pendant une période de 24 heures les 19 et 20 août 1998.

[2] Les appelants fondent leur allégation sur le par. 15(1). Ils font valoir essentiellement que le permis de pêche communautaire est discriminatoire à leur égard en raison de leur race. La Couronne soutient que le programme en vertu duquel le permis a été délivré avait pour objet général de réglementer les pêches, et qu'il a amélioré la situation d'un groupe défavorisé. Ces arguments, pris ensemble, soulèvent la question de l'interaction des par. 15(1) et 15(2) de la *Charte*. En particulier, ils obligent notre Cour à se demander si le par. 15(2) peut s'appliquer indépendamment du par. 15(1) pour protéger les programmes améliorateurs contre les allégations de discrimination — une possibilité évoquée dans la jurisprudence de notre Cour portant sur le droit à l'égalité.

[3] Nous avons conclu qu'un programme qui établit une distinction fondée sur un motif énuméré à l'art. 15 ou sur un motif analogue, mais qui a pour objet d'améliorer la situation d'un groupe défavorisé, aide à réaliser l'égalité réelle garantie par l'art. 15 et que l'allégation de discrimination doit être rejetée. Étant donné que le permis de pêche communautaire contesté en l'espèce relève du par. 15(2) — l'un de ses objets étant d'améliorer la situation des bandes autochtones participantes — l'allégation des appelants voulant qu'il y ait eu violation de l'art. 15 ne saurait être retenue. Bien que l'application du par. 15(2) soit suffisante pour trancher le pourvoi, nous allons, en plus d'examiner les rôles respectifs des par. 15(1) et 15(2), commenter brièvement l'art. 25 de la *Charte* à la lumière des motifs rédigés à ce sujet par le juge Bastarache.

#### B. Faits et historique des procédures judiciaires

[4] Avant le contact avec les Européens, les groupes autochtones qui vivaient dans la région de l'embouchure du fleuve Fraser pêchaient à des

purposes. It is no exaggeration to say that their life centered in large part around the river and its abundant fishery. In the last two decades, court decisions have confirmed that pre-contact fishing practices integral to the culture of aboriginal people translate into a modern-day right to fish for food, social and ceremonial purposes: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The right is a communal right. It inheres in the community, not the individual, and may be exercised by people who are linked to the ancestral aboriginal community.

[5] The aboriginal right has not been recognized by the courts as extending to fishing for the purpose of sale or commercial fishing: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. The participation of Aboriginals in the commercial fishery was thus left to individual initiative or to negotiation between aboriginal peoples and the government. The federal government determined that aboriginal people should be given a stake in the commercial fishery. The bands tended to be disadvantaged economically, compared to non-Aboriginals. Catching fish for their own tables and ceremonies left many needs unmet.

[6] The government's decision to enhance aboriginal involvement in the commercial fishery followed the recommendations of the 1982 Pearce Final Report, which endorsed the negotiation of aboriginal fishery agreements (*Turning the Tide: A New Policy For Canada's Pacific Fisheries*). The Pearce Report recognized the problematic connection between aboriginal communities' economic disadvantage and the longstanding prohibition against selling fish — a prohibition that disrupted what was once an important economic opportunity for Aboriginals. Policing the prohibition was also problematic; the 1994 Gardner Pinfold Report addressed the serious conservation issue stemming from a fish sales prohibition "honoured more in the breach than the observance" (*An Evaluation of the Pilot Sale Arrangement of Aboriginal Fisheries*

fins alimentaires, sociales et rituelles. Il n'est pas exagéré d'affirmer que le fleuve et ses ressources halieutiques abondantes jouaient un rôle prépondérant dans leur vie. Au cours des deux dernières décennies, des décisions judiciaires ont confirmé que les pratiques de pêche qui faisaient partie intégrante de la culture d'un peuple autochtone avant le contact avec les Européens sont à l'origine d'un droit contemporain de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Ce droit de pêche est un droit collectif. Il s'applique à la collectivité, et non à l'individu, et il peut être exercé par les personnes ayant un lien avec la collectivité ancestrale autochtone.

[5] Les tribunaux n'ont pas reconnu que ce droit ancestral s'applique à la pêche aux fins de vente ou pêche commerciale : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. La participation des Autochtones à la pêche commerciale était donc laissée à l'initiative personnelle ou devait faire l'objet de négociations entre les peuples autochtones et le gouvernement. Le gouvernement fédéral a jugé qu'il y avait lieu d'accorder aux peuples autochtones un intérêt dans le secteur de la pêche commerciale. De façon générale, les bandes étaient économiquement défavorisées comparativement aux non-Autochtones. Le poisson pris à des fins alimentaires et rituelles ne comblait pas tous leurs besoins.

[6] La décision du gouvernement de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale faisait suite aux recommandations du rapport final Pearce de 1982, qui appuyait la négociation d'accords de pêche autochtone (*Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique*). Dans ce rapport, on reconnaissait l'existence du lien problématique entre le désavantage économique éprouvé par les collectivités autochtones et l'interdiction de longue date de vendre du poisson — une interdiction ayant perturbé ce qui avait autrefois représenté un important créneau économique pour les Autochtones. Il était également difficile de faire respecter cette interdiction; le rapport Gardner Pinfold de 1994 a abordé le grave problème de conservation découlant d'une interdiction de vente du poisson « plus

*Strategy (AFS)*, p. 3). The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown: see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

[7] The federal government's policies aimed at giving aboriginal people a share of the commercial fishery took different forms, united under the umbrella of the "Aboriginal Fisheries Strategy". Introduced in 1992, the Aboriginal Fisheries Strategy has three stated objectives: ensuring the rights recognized by the *Sparrow* decision are respected; providing aboriginal communities with a larger role in fisheries management and increased economic benefits; and minimizing the disruption of non-aboriginal fisheries (1994 Gardner Pinfold Report). In response to consultations with stakeholders carried out since its inception, the Aboriginal Fisheries Strategy has been reviewed and adjusted periodically in order to achieve these goals. A significant part of the Aboriginal Fisheries Strategy was the introduction of three pilot sales programs, one of which resulted in the issuance of the communal fishing licence at issue in this case. The licence was granted pursuant to the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332 ("ACFLR"). The ACFLR grants communal licences to "aboriginal organization[s]", defined as including "an Indian band, an Indian band council, a tribal council and an organization that represents a territorially based aboriginal community" (s. 2). The communal licence cannot be granted to

honoré[e] dans l'infraction que dans l'observation » (*Évaluation des projets pilotes de vente de la stratégie relative aux pêches des Autochtones (SRAPA)*, p. 16). La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l'obligation de fiduciaire qu'il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l'obligation de consulter et d'accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l'exploitation et de la conservation des ressources; il s'agit là d'une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l'honneur de la Couronne : voir, par exemple, l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

[7] Les politiques visant à attribuer une part de la pêche commerciale aux Autochtones, que le gouvernement fédéral a adoptées dans le cadre de la « Stratégie relative aux pêches autochtones », ont revêtu différentes formes. Adoptée en 1992, la Stratégie relative aux pêches autochtones vise trois objectifs explicites : garantir le respect des droits reconnus par l'arrêt *Sparrow*; offrir aux collectivités autochtones un rôle plus important dans la gestion de leurs pêches et leur procurer des avantages économiques accrus; limiter la perturbation des pêches non autochtones (rapport Gardner Pinfold de 1994). À la suite des consultations qui ont été tenues avec les parties intéressées depuis son adoption, la Stratégie relative aux pêches autochtones a été examinée et remaniée périodiquement afin de réaliser ces objectifs. Cette stratégie a, dans une large mesure, consisté à établir trois programmes pilotes de vente, dont l'un a donné lieu à la délivrance du permis de pêche communautaire en cause dans la présente affaire. Le permis a été délivré conformément au *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332 (« RPPCA »). Le RPPCA prévoit la délivrance de permis communautaires aux « organisation[s] autochtone[s] », qui s'entendent notamment « d'une bande indienne, d'un conseil de bande indienne,



individuals, but an aboriginal organization can designate its use to individuals.

[8] The licence with which we are concerned permitted fishers designated by the bands to fish for sockeye salmon between 7:00 a.m. on August 19, 1998 and 7:00 a.m. on August 20, 1998, and to use the fish caught for food, social and ceremonial purposes, and for sale. Some of the fishers designated by the bands to fish under the communal fishing licence were also licensed commercial fishers entitled to fish at other openings for commercial fishers.

[9] The appellants are all commercial fishers who were excluded from the fishery during the 24 hours allocated to the aboriginal fishery under the communal fishing licence. Under the auspices of the B.C. Fisheries Survival Coalition, they participated in a protest fishery during the prohibited period, for the purpose of bringing a constitutional challenge to the communal licence. As anticipated, they were charged with fishing at a prohibited time. In defence of the charges, they filed notice of a constitutional question seeking declarations that the communal fishing licence, the *ACFLR* and related regulations and the Aboriginal Fisheries Strategy were unconstitutional.

[10] The Provincial Court of British Columbia (Judge Kitchen) found that the communal fishing licence granted to the three bands was a breach of the equality rights of the appellants under s. 15(1) of the *Charter* that was not justified under s. 1 of the *Charter*. The court stayed proceedings on all the charges under s. 24 of the *Charter*: [2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279.

[11] The Supreme Court of British Columbia (Brenner C.J.S.C.) allowed a summary convictions

d'un conseil de tribu et d'une association qui représente une collectivité territoriale autochtone » (art. 2). Le permis communautaire ne peut pas être délivré à des individus, mais une organisation autochtone peut en confier l'utilisation aux individus qu'elle désigne.

[8] Le permis qui nous intéresse en l'espèce autorisait les pêcheurs désignés par les bandes à pêcher le saumon rouge entre 7 h, le 19 août 1998, et 7 h, le 20 août 1998, et à utiliser leurs prises à des fins alimentaires, sociales et rituelles, ainsi qu'à les vendre. Certains pêcheurs désignés par les bandes pour pêcher conformément au permis de pêche communautaire détenaient également un permis de pêche commerciale les autorisant à pêcher pendant d'autres périodes d'ouverture de la pêche commerciale.

[9] Les appelants sont tous des pêcheurs commerciaux à qui il était interdit de pêcher pendant les 24 heures que le permis de pêche communautaire allouait à la pêche autochtone. Sous l'égide de la B.C. Fisheries Survival Coalition, ils ont participé à une pêche de protestation pendant la période interdite en vue de contester la constitutionnalité du permis communautaire. Comme prévu, ils ont été accusés d'avoir pêché pendant une période interdite. En réponse aux accusations, ils ont déposé un avis de question constitutionnelle dans lequel ils demandaient que le permis de pêche communautaire, le *RPPCA* et les règlements connexes ainsi que la Stratégie relative aux pêches autochtones soient déclarés inconstitutionnels.

[10] La Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Kitchen) a conclu que le permis de pêche communautaire délivré aux trois bandes portait atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte*, et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La cour a, en application de l'art. 24 de la *Charte*, ordonné l'arrêt des procédures relatives à toutes les accusations : [2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279.

[11] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge en chef Brenner) a accueilli l'appel de la

appeal by the Crown: (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958. It held that the pilot sales program did not have a discriminatory purpose or effect because it did not perpetuate or promote the view that those who were forbidden to fish on the days when the pilot sales program fishery was open are less capable or worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. Brenner C.J.S.C. lifted the stay of proceedings and entered convictions against the appellants.

[12] The British Columbia Court of Appeal, in five sets of reasons concurring in the result, dismissed the appeal: (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277. Low J.A. concluded that the pilot sales program did not constitute denial of a benefit under s. 15 when the matter was viewed in a contextual rather than formalistic way. Mackenzie J.A. rejected the claim of discrimination on the basis that a discriminatory purpose or effect had not been established, endorsing the view of Brenner C.J.S.C. on the summary convictions appeal. Kirkpatrick J.A. dismissed the s. 15 claim on the basis that s. 25 of the *Charter*, which protects rights and freedoms pertaining to the aboriginal peoples of Canada, insulated the scheme from the discrimination charge. Finch C.J.B.C. concurred with both Low J.A. and Mackenzie J.A. on the s. 15 issue, and found that s. 25 was not engaged. Finally, Levine J.A. agreed with Finch C.J.B.C. on the s. 15 issue, but declined to express a view on whether s. 25 was engaged.

### C. Analysis

[13] Section 15 of the *Charter* provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Couronne contre les déclarations sommaires de culpabilité : (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958. Elle a conclu que le programme pilote de vente n'avait pas un objet ou un effet discriminatoire parce qu'il ne perpétuait pas ou ne favorisait pas l'opinion selon laquelle ceux à qui il était interdit de pêcher les jours où la pêche était ouverte dans le cadre du programme pilote de vente étaient moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Le juge en chef Brenner a levé l'arrêt des procédures et inscrit des déclarations de culpabilité contre les appelants.

[12] Dans cinq séries de motifs concordants quant au résultat, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel : (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277. Le juge Low a conclu que le programme pilote de vente ne privait pas d'un avantage visé à l'art. 15 lorsque l'affaire était envisagée d'un point de vue contextuel plutôt que formaliste. Le juge Mackenzie, souscrivant à l'opinion du juge en chef Brenner concernant l'appel contre les déclarations sommaires de culpabilité, a rejeté l'allégation de discrimination pour le motif que l'existence d'un objet ou d'un effet discriminatoire n'avait pas été établie. La juge Kirkpatrick a rejeté l'argument fondé sur l'art. 15 pour le motif que l'art. 25 de la *Charte*, qui protège les droits et libertés des peuples autochtones du Canada, soustrayait le programme à l'accusation de discrimination. Le juge en chef Finch a souscrit à l'avis des juges Low et Mackenzie relativement à la question de l'art. 15, et a conclu que l'art. 25 n'était pas en jeu. Enfin, la juge Levine s'est dite d'accord avec le juge en chef Finch concernant la question de l'art. 15, mais elle a refusé de se prononcer sur la question de savoir si l'art. 25 était en jeu.

### C. Analyse

[13] L'article 15 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

### 1. *The Purpose of Section 15*

[14] Nearly 20 years have passed since the Court handed down its first s. 15 decision in the case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. *Andrews* set the template for this Court's commitment to substantive equality — a template which subsequent decisions have enriched but never abandoned.

[15] Substantive equality, as contrasted with formal equality, is grounded in the idea that: "The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration": *Andrews*, at p. 171, *per* McIntyre J., for the majority on the s. 15 issue. Pointing out that the concept of equality does not necessarily mean identical treatment and that the formal "like treatment" model of discrimination may in fact produce inequality, McIntyre J. stated (at p. 165):

To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

While acknowledging that equality is an inherently comparative concept (p. 164), McIntyre J. warned

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

### 1. *L'objet de l'art. 15*

[14] Près de 20 années se sont écoulées depuis l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la première décision de la Cour portant sur l'art. 15. L'arrêt *Andrews* établit le modèle à suivre en ce qui concerne l'importance que notre Cour attache à l'égalité réelle — un modèle qui a été enrichi mais qui n'a jamais été abandonné par la jurisprudence ultérieure.

[15] L'égalité réelle, comparativement à l'égalité formelle, repose sur l'idée que « [f]avoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : arrêt *Andrews*, p. 171, le juge McIntyre s'exprimant au nom des juges majoritaires au sujet de la question de l'art. 15. Soulignant que l'égalité ne signifie pas nécessairement traitement identique et que le modèle formel du « traitement analogue » peut en fait engendrer des inégalités, le juge McIntyre a ajouté (p. 165) :

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Tout en reconnaissant que l'égalité est un concept intrinsèquement comparatif (p. 164), le juge

against a sterile similarly situated test focussed on treating “likes” alike. An insistence on substantive equality has remained central to the Court’s approach to equality claims.

[16] Sections 15(1) and 15(2) work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole. Section 15(1) is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds. This is one way of combatting discrimination. However, governments may also wish to combat discrimination by developing programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation. Through s. 15(2), the *Charter* preserves the right of governments to implement such programs, without fear of challenge under s. 15(1). This is made apparent by the existence of s. 15(2). Thus s. 15(1) and s. 15(2) work together to confirm s. 15’s purpose of furthering substantive equality.

[17] The template in *Andrews*, as further developed in a series of cases culminating in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, established in essence a two-part test for showing discrimination under s. 15(1): (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? These were divided, in *Law*, into three steps, but in our view the test is, in substance, the same.

[18] In *Andrews*, McIntyre J. viewed discriminatory impact through the lens of two concepts: (1) the perpetuation of prejudice or disadvantage to members of a group on the basis of personal characteristics identified in the enumerated and analogous grounds; and (2) stereotyping on the basis of these grounds that results in a decision that does not correspond to a claimant’s or group’s actual

McIntyre a mis en garde contre l’adoption d’un critère stérile de la situation analogue qui serait axé sur l’égalité de traitement des individus égaux. L’insistance sur l’égalité réelle est demeurée au cœur de l’approche que la Cour a adoptée à l’égard des demandes fondées sur le droit à l’égalité.

[16] Les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de promouvoir l’idée d’égalité réelle qui sous-tend l’ensemble de l’art. 15. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues. Il s’agit là d’une façon de combattre la discrimination. Cependant, les gouvernements peuvent également souhaiter le faire au moyen de programmes destinés à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation. Grâce au par. 15(2), la *Charte* protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre de tels programmes sans s’exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1). C’est ce qui ressort de l’existence du par. 15(2). Donc, les par. 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de confirmer l’objet de l’art. 15 qui est de favoriser l’égalité réelle.

[17] Le modèle établi dans l’arrêt *Andrews*, qui a été explicité dans une série de décisions ayant abouti à l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, établissait essentiellement un critère à deux volets devant être utilisé pour démontrer l’existence de discrimination au sens du par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? Il était question de trois volets dans l’arrêt *Law*, mais nous estimons que le critère est essentiellement le même.

[18] Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a examiné l’effet discriminatoire en fonction de deux concepts : (1) la perpétuation d’un préjugé ou d’un désavantage dont les membres d’un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés et analogues, et (2) l’application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas

circumstances and characteristics. *Andrews*, for example, was decided on the second of these concepts; it was held that the prohibition against non-citizens practising law was based on a stereotype that non-citizens could not *properly* discharge the responsibilities of a lawyer in British Columbia — a view that denied non-citizens a privilege, not on the basis of their merits and capabilities, but on the basis of what the Royal Commission Report on *Equality in Employment* (1984), referred to as “attributed rather than actual characteristics” (p. 2). Additionally, McIntyre J. emphasized that a finding of discrimination might be grounded in the fact that the impact of a particular law or program was to perpetuate the disadvantage of a group defined by enumerated or analogous s. 15 grounds. In this context, he said (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

[19] A decade later, in *Law*, this Court suggested that discrimination should be defined in terms of the impact of the law or program on the “human dignity” of members of the claimant group, having regard to four contextual factors: (1) pre-existing disadvantage, if any, of the claimant group; (2) degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality; (3) whether the law or program has an ameliorative purpose or effect; and (4) the nature of the interest affected (paras. 62-75).

[20] The achievement of *Law* was its success in unifying what had become, since *Andrews*, a division in this Court’s approach to s. 15. *Law* accomplished this by reiterating and confirming *Andrews*’ interpretation of s. 15 as a guarantee of substantive, and not just formal, equality. Moreover, *Law* made

à la situation et aux caractéristiques réelles d’un demandeur ou d’un groupe. Par exemple, l’affaire *Andrews* a été tranchée en fonction du deuxième concept; la Cour a jugé que l’interdiction de pratiquer le droit dont faisaient l’objet les personnes n’ayant pas la citoyenneté était fondée sur un stéréotype selon lequel ces personnes ne pouvaient pas exercer *correctement* les fonctions d’un avocat en Colombie-Britannique — une conception qui privait ces gens d’un privilège non pas en raison de leurs mérites et de leurs capacités, mais en raison de ce que le rapport de la Commission royale sur l’égalité en matière d’emploi (1984) a qualifié de « caractéristiques qui leur sont prêtées à tort » (p. 2). En outre, le juge McIntyre a souligné qu’une conclusion à l’existence de discrimination pourrait reposer sur le fait qu’une loi ou un programme avait pour effet de perpétuer le désavantage dont était victime un groupe caractérisé par un motif énuméré à l’art. 15 ou par un motif analogue. Dans ce contexte, il a affirmé ceci (p. 174) :

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société.

[19] Dix années plus tard, dans l’arrêt *Law*, notre Cour a proposé que la discrimination soit définie en fonction de l’effet de la loi ou du programme sur la « dignité humaine » des membres du groupe demandeur, eu égard à quatre facteurs contextuels : (1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur; (2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur; (3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet améliorateur; (4) la nature du droit touché (par. 62-75).

[20] L’arrêt *Law* a réussi à unifier ce qui, depuis l’arrêt *Andrews*, était devenu une division dans l’approche de notre Cour relative à l’art. 15. L’arrêt *Law* est parvenu à le faire en réitérant et en confirmant l’interprétation donnée dans l’arrêt *Andrews*, selon laquelle l’art. 15 garantit l’égalité réelle et

an important contribution to our understanding of the conceptual underpinnings of substantive equality.

[21] At the same time, several difficulties have arisen from the attempt in *Law* to employ human dignity as a legal test. There can be no doubt that human dignity is an essential value underlying the s. 15 equality guarantee. In fact, the protection of all of the rights guaranteed by the *Charter* has as its lodestar the promotion of human dignity. As Dickson C.J. said in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. [p. 136]

[22] But as critics have pointed out, human dignity is an abstract and subjective notion that, even with the guidance of the four contextual factors, cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be.<sup>1</sup> Criticism has also accrued for the way *Law* has allowed the

<sup>1</sup> Donna Greschner, “Does *Law* Advance the Cause of Equality?” (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; Sheilah Martin, “Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299; Donna Greschner, “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291; Debra M. McAllister, “Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test” (2003–2004), 15 *N.J.C.L.* 3; Christopher D. Bredt and Adam M. Dodek, “Breaking the *Law*’s Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne Gilbert, “Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the *Charter*” (2003), 48 *McGill L.J.* 627; Daniel Proulx, “Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles”, [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert and Diana Majury, “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Doooms Section 15” (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian Brunelle, “La dignité dans la

non seulement formelle. De plus, l’arrêt *Law* nous a beaucoup aidé à comprendre le fondement conceptuel de l’égalité réelle.

[21] En même temps, plusieurs difficultés ont découlé de la tentative, dans l’arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine un critère juridique. Il ne fait aucun doute que la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15. En fait, la protection de tous les droits garantis par la *Charte* est guidée par la promotion de la dignité de l’être humain. Comme le juge en chef Dickson l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. [p. 136]

[22] Toutefois, comme l’ont souligné des détracteurs, la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l’aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité, au lieu d’être l’éclaircissement philosophique qu’elle était censée constituer<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Donna Greschner, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; Sheilah Martin, « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299; Donna Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291; Debra M. McAllister, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003–2004), 15 *R.N.D.C.* 3; Christopher D. Bredt et Adam M. Dodek, « Breaking the *Law*’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne Gilbert, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Doooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian Brunelle, « La dignité dans

formalism of some of the Court's post-*Andrews* jurisprudence to resurface in the form of an artificial comparator analysis focussed on treating likes alike.<sup>2</sup>

[23] The analysis in a particular case, as *Law* itself recognizes, more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination. The four factors cited in *Law* are based on and relate to the identification in *Andrews* of perpetuation of disadvantage and stereotyping

*Charte des droits et libertés de la personne: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale*», in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143; R. James Fyfe, "Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada" (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 2, at pp. 55-28 and 55-29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), at pp. 80-82.

<sup>2</sup> Sophia Reibetanz Moreau, "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Daphne Gilbert and Diana Majury, "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada DooMS Section 15" (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Beverley Baines, "Equality, Comparison, Discrimination, Status", in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 73; Dianne Pothier, "Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All?", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 135. See also Dianne Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence, "What's *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions" (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103; Mayo Moran, "Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71; Sheila McIntyre, "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95.

Les critiques se sont aussi accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux<sup>2</sup>.

[23] Comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Law* même, il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire. Les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* sont fondés sur la qualification, dans l'arrêt *Andrews*, de la perpétuation

la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143; R. James Fyfe, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-28 et 55-29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), p. 80-82.

<sup>2</sup> Sophia Reibetanz Moreau, « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada DooMS Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Beverley Baines, « Equality, Comparison, Discrimination, Status », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 73; Dianne Pothier, « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All? », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 135. Voir aussi Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria et Emily Lawrence, « What's *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103; Mayo Moran, « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71; Sheila McIntyre, « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95.

as the primary indicators of discrimination. Pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected (factors one and four in *Law*) go to perpetuation of disadvantage and prejudice, while the second factor deals with stereotyping. The ameliorative purpose or effect of a law or program (the third factor in *Law*) goes to whether the purpose is remedial within the meaning of s. 15(2). (We would suggest, without deciding here, that the third *Law* factor might also be relevant to the question under s. 15(1) as to whether the effect of the law or program is to perpetuate disadvantage.)

[24] Viewed in this way, *Law* does not impose a new and distinctive test for discrimination, but rather affirms the approach to substantive equality under s. 15 set out in *Andrews* and developed in numerous subsequent decisions. The factors cited in *Law* should not be read literally as if they were legislative dispositions, but as a way of focussing on the central concern of s. 15 identified in *Andrews* — combatting discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping.

[25] The central purpose of combatting discrimination, as discussed, underlies both s. 15(1) and s. 15(2). Under s. 15(1), the focus is on *preventing* governments from making distinctions based on the enumerated or analogous grounds that: have the effect of perpetuating group disadvantage and prejudice; or impose disadvantage on the basis of stereotyping. Under s. 15(2), the focus is on *enabling* governments to pro-actively combat existing discrimination through affirmative measures.

d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. La préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché (les premier et quatrième facteurs énoncés dans l'arrêt *Law*) concernent la perpétuation d'un désavantage et d'un préjugé, alors que le deuxième facteur a trait à l'application de stéréotypes. L'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'un programme (le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law*) concerne la question de savoir si la mesure en question a un objet réparateur au sens du par. 15(2). (Nous dirions, sans pour autant le décider ici, que le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law* pourrait aussi être pertinent pour trancher la question qui, aux fins d'application du par. 15(1), est de savoir si la loi ou le programme en cause a pour effet de perpétuer un désavantage.)

[24] Considéré sous cet angle, l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes.

[25] Comme nous l'avons vu, l'objectif primordial que représente la lutte contre la discrimination sous-tend à la fois le par. 15(1) et le par. 15(2). Le paragraphe 15(1) a pour objet d'*empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination existante grâce à l'adoption de mesures de promotion sociale.



[26] Against this background, we turn to a more detailed examination of s. 15(2) and its role in this appeal.

## 2. Section 15(2)

[27] Under *Andrews*, as previously noted, s. 15 does not mean identical treatment. McIntyre J. explained that “every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality”, and that “identical treatment may frequently produce serious inequality” (p. 164). McIntyre J. explicitly rejected identical treatment as a *Charter* objective, based in part on the existence of s. 15(2). At p. 171, he stated that “the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2)”.

[28] Rather than requiring identical treatment for everyone, in *Andrews*, McIntyre J. distinguished between difference and discrimination and adopted an approach to equality that acknowledged and accommodated differences. McIntyre J. proposed the following model, at p. 182:

[I]n assessing whether a complainant’s rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

In other words, not every distinction is discriminatory. By their very nature, programs designed to ameliorate the disadvantage of one group will inevitably exclude individuals from other groups. This does not necessarily make them either

[26] Dans ce contexte, nous allons procéder à un examen plus détaillé du par. 15(2) et du rôle qu’il joue dans le présent pourvoi.

## 2. Le paragraphe 15(2)

[27] Comme nous l’avons vu, selon l’arrêt *Andrews*, l’art. 15 n’est pas synonyme de traitement identique. Le juge McIntyre a expliqué que « toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité » et qu’« un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » (p. 164). Il a refusé explicitement de reconnaître que le traitement identique est un objectif de la *Charte* fondé en partie sur l’existence du par. 15(2). À la page 171, il a affirmé que « le fait qu’un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) ».

[28] Au lieu d’exiger que tous soient traités de manière identique, le juge McIntyre a, dans l’arrêt *Andrews*, établi une distinction entre différence et discrimination, et il a adopté, en matière de droits à l’égalité, une approche consistant à reconnaître les différences et à en tenir compte. Le juge McIntyre a proposé le modèle suivant, à la p. 182 :

[P]our vérifier s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s’il s’agit d’un motif énuméré ou analogue. L’examen doit également porter sur l’effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu’on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d’une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu’il ne bénéficie pas d’un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu’elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

En d’autres termes, les distinctions ne sont pas toutes discriminatoires. De par leur nature même, les programmes destinés à améliorer la situation d’un groupe défavorisé excluent inévitablement les membres d’autres groupes. Cela n’en fait pas

unconstitutional or “reverse discrimination”. *Andrews* requires that discriminatory conduct entail more than *different* treatment. As McIntyre J. declared at p. 167, a law will not “necessarily be bad because it makes distinctions”.

[29] In our view, the appellants have established that they were treated differently based on an enumerated ground, race. Because the government argues that the program ameliorated the conditions of a disadvantaged group, we must take a more detailed look at s. 15(2).

[30] The question that arises is whether the program that targeted the aboriginal bands falls under s. 15(2) in the sense that it is a “law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. As noted, the communal fishing licence authorizing the three bands to fish for sale on August 19-20 was issued pursuant to an enabling statute and regulations — namely the *ACFLR*. This qualifies as a “law, program or activity” within the meaning of s. 15(2). The more complex issue is whether the program fulfills the remaining criteria of s. 15(2) — that is, whether the program “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”.

[31] Even before the enactment of the *Charter*, this Court in *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699, recognized that ameliorative programs targeting a disadvantaged group do not constitute discrimination. The issue in the case was whether the Energy Resources Conservation Board had jurisdiction to require an “affirmative action” program for the hiring of aboriginal people as a condition of its approval of a tar sands plant. The Court unanimously concluded that there was no such jurisdiction, but Ritchie J., writing for four of the judges (Laskin C.J., himself, Dickson J. and McIntyre J.), addressed the affirmative action aspect of the case, concluding that a program designed to benefit

nécessairement des mesures inconstitutionnelles ou des mesures de « discrimination à rebours ». Selon l’arrêt *Andrews*, le comportement discriminatoire doit engendrer plus qu’une *différence* de traitement. Comme l’a déclaré le juge McIntyre, à la p. 167, une loi ne sera pas « nécessairement mauvaise parce qu’elle établit des distinctions ».

[29] À notre avis, les appelants ont établi qu’ils ont été traités différemment en raison d’un motif énuméré, la race. Parce que le gouvernement fait valoir que le programme a amélioré la situation d’un groupe défavorisé, nous devons examiner plus en détail le par. 15(2).

[30] La question qui se pose est de savoir si le programme qui visait les bandes autochtones relève du par. 15(2) en ce sens qu’il constitue une « lo[i], [un] programm[e] ou [une] activit[é] destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ». Comme nous l’avons vu, le permis de pêche communautaire autorisant les trois bandes à pêcher aux fins de vente les 19 et 20 août a été délivré conformément à une loi habilitante et à son règlement d’application, à savoir le *RPPCA*. Cette mesure constitue une « lo[i], [un] programm[e] ou [une] activit[é] » au sens du par. 15(2). La question plus complexe à laquelle il faut répondre est de savoir si le programme remplit l’autre condition du par. 15(2), c’est-à-dire s’il est « destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ».

[31] Même avant l’adoption de la *Charte*, notre Cour, dans l’arrêt *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699, a reconnu que les programmes améliorateurs visant un groupe défavorisé ne sont pas discriminatoires. Dans cette affaire, la question était de savoir l’Energy Resources Conservation Board avait compétence pour prescrire la mise en œuvre d’un programme d’« action positive » visant l’embauche d’Autochtones comme condition de son approbation d’une usine de traitement de sables bitumineux. La Cour a conclu, à l’unanimité, que l’organisme en question n’avait pas cette compétence, mais le juge Ritchie, s’exprimant en son propre nom et en celui de trois autres juges (le juge en chef

the aboriginal community was not discrimination within the meaning of *The Individual's Rights Protection Act* of Alberta, S.A. 1972, c. 2:

In the present case what is involved is a proposal designed to improve the lot of the native peoples with a view to enabling them to compete as nearly as possible on equal terms with other members of the community who are seeking employment in the tar sands plant. With all respect, I can see no reason why the measures proposed by the "affirmative action" programs for the betterment of the lot of the native peoples in the area in question should be construed as "discriminating against" other inhabitants. The purpose of the plan as I understand it is not to displace non-Indians from their employment, but rather to advance the lot of the Indians so that they may be in a competitive position to obtain employment without regard to the handicaps which their race has inherited. [p. 711]

[32] The Royal Commission Report on *Equality in Employment*, whose mandate was to determine whether there should be affirmative action in Canada and on which McIntyre J. relied to develop his theories of discrimination and equality, set out the principles underlying s. 15(2), at pp. 13-14:

In recognition of the journey many have yet to complete before they achieve equality, and in recognition of how the duration of the journey has been and is being unfairly protracted by arbitrary barriers, section 15(2) permits laws, programs, or activities designed to eliminate these restraints. While section 15(1) guarantees to individuals the right to be treated as equals free from discrimination, section 15(2), though itself creating no enforceable remedy, assures that it is neither discriminatory nor a violation of the equality guaranteed by section 15(1) to attempt to improve the condition of disadvantaged individuals or groups, even if this means treating them differently.

Section 15(2) covers the canvas with a broad brush, permitting a group remedy for discrimination. The section encourages a comprehensive or systemic rather than a particularized approach to the elimination of discriminatory barriers.

Section 15(2) does not create the statutory obligation to establish laws, programs, or activities to hasten

Laskin et les juges Dickson et McIntyre), a abordé l'aspect « action positive » de l'affaire, concluant qu'un programme destiné à favoriser la collectivité autochtone n'était pas discriminatoire au sens de la loi albertaine intitulée *The Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2 :

En l'espèce, il s'agit d'une proposition destinée à améliorer le sort des autochtones afin de leur permettre de faire concurrence, autant que possible sur un pied d'égalité avec eux, aux autres membres de la collectivité qui cherchent un emploi à l'usine de traitement de sables bitumineux. Avec égards, je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait conclure à l'existence de « mesures discriminatoires à l'égard » d'autres habitants dans les propositions que comportent les programmes d'« action positive » pour l'amélioration du sort des autochtones de la région en question. L'objet du plan, si je le comprends bien, n'est pas de chasser les non-Indiens de leurs emplois, mais plutôt d'améliorer le sort des Indiens pour qu'ils soient en mesure d'obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité. [p. 711]

[32] Le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi — qui avait pour mandat de déterminer si la promotion sociale était indiquée au Canada —, sur lequel le juge McIntyre s'est fondé pour établir ses théories de la discrimination et de l'égalité, énonce les principes qui sous-tendent le par. 15(2), aux p. 14-15 :

En tenant compte du chemin que beaucoup doivent encore parcourir avant de parvenir à l'égalité, et en reconnaissant que des obstacles arbitraires n'ont fait, jusqu'ici, que reculer davantage l'objectif à atteindre, le paragraphe 15(2) autorise maintenant les lois, programmes ou activités destinés à éliminer les contraintes à l'égalité. Tandis que le paragraphe 15(1) garantit aux individus le droit d'être traités en égaux sans discrimination aucune, le paragraphe 15(2), bien qu'il ne rende pas obligatoire l'application de mesures, prévoit que le fait de tenter d'améliorer la condition des individus ou groupes défavorisés ne constitue ni une pratique discriminatoire ni une violation du droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1), même si cela signifie les traiter de façon différente.

Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l'application de mesures correctives à un groupe. L'article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu'individuelle en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires.

Le paragraphe 15(2) n'exige pas l'adoption de lois ou la création de programmes et d'activités pour parvenir

equality, ameliorate disadvantage, or eliminate discrimination. But it sanctions them, acting with statutory acquiescence.

[33] In essence, s. 15(2) of the *Charter* seeks to protect efforts by the state to develop and adopt remedial schemes designed to assist disadvantaged groups. This interpretation is confirmed by the language in s. 15(2), “does not preclude”.

[34] This Court dealt explicitly with the relationship between s. 15(1) and s. 15(2) in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37. The Court, *per* Iacobucci J., appeared unwilling at that time to give s. 15(2) independent force, but left the door open for that possibility, at para. 108:

[A]t this stage of the jurisprudence, I see s. 15(2) as confirmatory of s. 15(1) and, in that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However . . . we may well wish to reconsider this matter at a future time in the context of another case. [Emphasis added.]

[35] Iacobucci J. in *Lovelace* perceived two possible approaches to the interpretation of s. 15(2). He believed that the Supreme Court could either read s. 15(2) as an interpretive aid to s. 15(1) (the approach adopted in *Lovelace*) or read it as an exception or exemption from the operation of s. 15(1).

[36] He favoured the interpretive aid approach, while acknowledging that the exemption approach had some support. In particular, he cited Mark A. Drumbl and John D. R. Craig for the proposition that s. 15(2) should defend against a s. 15(1) violation because otherwise the provision becomes redundant and does not encourage the government to combat discrimination pro-actively through ameliorative programs (“Affirmative Action in

plus vite à l'égalité, corriger les inégalités ou éliminer la discrimination. Mais il sanctionne de telles mesures, leur accordant une reconnaissance légale.

[33] Essentiellement, le par. 15(2) de la *Charte* vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes défavorisés. L'expression « n'a pas pour effet d'interdire », contenue dans le par. 15(2), confirme la validité de cette interprétation.

[34] Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, notre Cour a examiné explicitement le lien entre le par. 15(1) et le par. 15(2). La Cour, sous la plume du juge Iacobucci, n'a pas paru disposée, à l'époque, à considérer que le par. 15(2) s'applique de manière indépendante, mais elle n'a pas écarté cette possibilité, au par. 108 :

[D]ans l'état actuel de la jurisprudence, je considère que le par. 15(2) confirme la portée du par. 15(1) et, à cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois [. . .], il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire. [Nous soulignons.]

[35] Dans l'arrêt *Lovelace*, le juge Iacobucci a estimé que le par. 15(2) pouvait être interprété de deux façons. Selon lui, la Cour suprême pouvait considérer que le par. 15(2) est un outil d'interprétation du par. 15(1) (l'approche adoptée dans l'arrêt *Lovelace*), ou qu'il établit une exception ou une exemption relativement à l'application du par. 15(1).

[36] Il a retenu l'approche selon laquelle cette disposition est un outil d'interprétation, tout en reconnaissant que celle voulant qu'elle établisse une exemption bénéficiait d'un certain appui. En particulier, il a mentionné Mark A. Drumbl et John D. R. Craig pour appuyer la thèse selon laquelle le par. 15(2) devrait constituer un moyen de défense contre une violation du par. 15(1), sans quoi la disposition devient superflue et n'incite pas le gouvernement

Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Rev. Const. Stud.* 80, at para. 102).

[37] In our view, there is a third option: if the government can demonstrate that an impugned program meets the criteria of s. 15(2), it may be unnecessary to conduct a s. 15(1) analysis at all. As discussed at the outset of this analysis, s. 15(1) and s. 15(2) should be read as working together to promote substantive equality. The focus of s. 15(1) is on *preventing* governments from making distinctions based on enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating disadvantage or prejudice or imposing disadvantage on the basis of stereotyping. The focus of s. 15(2) is on *enabling* governments to pro-actively combat discrimination. Read thus, the two sections are confirmatory of each other. Section 15(2) supports a full expression of equality, rather than derogating from it. “Under a substantive definition of equality, different treatment in the service of equity for disadvantaged groups is an expression of equality, not an exception to it”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 2, at p. 55-53.

[38] But this confirmatory purpose does not preclude an independent role for s. 15(2). Section 15(2) is more than a hortatory admonition. It tells us, in simple clear language, that s. 15(1) cannot be read in a way that finds an ameliorative program aimed at combatting disadvantage to be discriminatory and in breach of s. 15.

[39] Here the appellants claim discrimination on the basis of s. 15(1). The source of that discrimination — the very essence of their complaint — is a program that may be ameliorative. This leaves but one conclusion: if the government establishes that the program falls under s. 15(2), the appellants’ claim must fail.

à combattre de manière proactive la discrimination grâce à des programmes améliorateurs (« Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2) » (1997), 4 *R. études const.* 80, par. 102).

[37] À notre avis, il existe une troisième possibilité : si le gouvernement peut démontrer qu’un programme contesté remplit les conditions du par. 15(2), il peut se révéler tout à fait inutile d’effectuer une analyse relative au par. 15(1). Comme nous l’avons vu au début de la présente analyse, les par. 15(1) et 15(2) doivent être interprétés comme ayant pour effet combiné de promouvoir l’égalité réelle. Le paragraphe 15(1) a pour objet d’empêcher les gouvernements d’établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d’imposer un désavantage fondé sur l’application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination. Ainsi interprétées, les deux dispositions confirment mutuellement leur portée. Le paragraphe 15(2) favorise la pleine expression de l’égalité plutôt que la dérogation à celle-ci. [TRADUCTION] « Selon la définition de l’égalité réelle, la différence de traitement destinée à traiter de façon équitable des groupes défavorisés représente une expression d’égalité, non une exception à celle-ci » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-53.

[38] Toutefois, cet objectif de confirmation n’empêche pas le par. 15(2) de jouer un rôle indépendant. Ce paragraphe représente plus qu’une exhortation. Il précise simplement et clairement que le par. 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l’art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage.

[39] En l’espèce, les appelants allèguent l’existence de discrimination en se fondant sur le par. 15(1). La source de cette discrimination — l’essence même de leur plainte — est un programme qui peut être améliorateur. Une seule conclusion est donc possible : si le gouvernement établit que ce programme relève du par. 15(2), l’allégation des appelants doit être rejetée.

[40] In other words, once the s. 15 claimant has shown a distinction made on an enumerated or analogous ground, it is open to the government to show that the impugned law, program or activity is ameliorative and, thus, constitutional. This approach has the advantage of avoiding the symbolic problem of finding a program discriminatory before “saving” it as ameliorative, while also giving independent force to a provision that has been written as distinct and separate from s. 15(1). Should the government fail to demonstrate that its program falls under s. 15(2), the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory.

[41] We would therefore formulate the test under s. 15(2) as follows. A program does not violate the s. 15 equality guarantee if the government can demonstrate that: (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. In proposing this test, we are mindful that future cases may demand some adjustment to the framework in order to meet the litigants’ particular circumstances. However, at this early stage in the development of the law surrounding s. 15(2), the test we have described provides a basic starting point — one that is adequate for determining the issues before us on this appeal, but leaves open the possibility for future refinement.

[42] We build our analysis of s. 15(2) and its operation around three key phrases in the provision. The subsection protects “any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. While there is some overlap in the considerations raised by each of these terms, it may be useful to consider each of them individually.

[40] En d’autres termes, une fois que l’auteur d’une demande présentée en vertu de l’art. 15 a établi l’existence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut démontrer que la loi, le programme ou l’activité contesté apporte une amélioration et est donc conforme à la Constitution. L’avantage que présente cette approche est qu’elle permet d’éviter la difficulté symbolique d’avoir à juger un programme discriminatoire avant de le « valider » comme étant améliorateur, tout en permettant d’appliquer de façon indépendante une disposition qui a été formulée de façon séparée et distincte du par. 15(1). Si le gouvernement ne démontre pas que son programme relève du par. 15(2), ce programme doit alors faire l’objet d’un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s’il a un effet discriminatoire.

[41] Par conséquent, voici la façon dont nous formulerions le critère applicable pour les besoins du par. 15(2) : un programme ne porte pas atteinte au droit à l’égalité garanti par l’art. 15, si le gouvernement peut démontrer (1) que le programme a un objet améliorateur ou réparateur et (2) que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. En proposant ce critère, nous sommes conscientes du fait qu’il pourra se révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d’ajuster ce cadre d’analyse afin de l’adapter à la situation particulière des parties. Toutefois, à cette étape embryonnaire de l’établissement du droit relatif au par. 15(2), le critère que nous avons décrit constitue un point de départ fondamental suffisant pour trancher les questions dont nous sommes saisis en l’espèce, mais toujours susceptible d’être amélioré à l’avenir.

[42] Notre analyse du par. 15(2) et de son application est basée sur trois mots clés de la disposition. Ce paragraphe protège « les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ». Bien que les considérations soulevées par chacun de ces mots puissent se recouper jusqu’à un certain point, il est sans doute utile d’examiner ceux-ci individuellement.

(a) “Has as Its Object”

[43] In interpreting this phrase, two issues arise. The first is whether courts should look to the *purpose* or to the *effect* of legislation. The second is whether, in order to qualify for s. 15(2) protection, a program must have an ameliorative purpose as its sole object, or whether having such a goal as one of several objectives is sufficient.

[44] The language of s. 15(2) suggests that legislative goal rather than actual effect is the paramount consideration in determining whether or not a program qualifies for s. 15(2) protection. Michael Peirce defends this view, which he refers to as the “subjective” approach, because it adheres more closely to the language of the provision and avoids potentially inappropriate judicial intervention in government programs (“A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the *Charter*” (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263). Scholars have nonetheless disagreed about the appropriate approach, often using the “subjective” (goal-based) and “objective” (effect-based) language.

[45] Scholars and judges who have supported judicial examination of the actual *effect* of a program offer one primary argument to defend their view. They express concern that a “subjective” test will permit the government to defeat a discrimination claim by declaring that the impugned law has an ameliorative purpose. Thus, Russell Juriensz states that a “purely subjective test may be too wide”. (“Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law Part I” (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 447, at p. 483). David Lepofsky and Jerome Bickenbach believe that the “better view is that the defendant must establish that the impugned program has some serious likelihood of achieving its ameliorative goal” (“Equality Rights and the Physically Handicapped”, in A. F. Bayefsky and M. Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, at p. 355). They justify this perspective with the argument that “if

a) « destinés »

[43] Deux questions se posent lors que nous interprétons ce mot. La première question est de savoir si les tribunaux doivent examiner l'*objet* ou l'*effet* de la mesure législative. La deuxième question consiste à se demander si, pour bénéficier de la protection du par. 15(2), un programme doit viser uniquement un objet améliorateur ou s'il suffit que cet objet améliorateur soit l'un des divers objectifs du programme en cause.

[44] Le libellé du par. 15(2) indique que c'est l'objectif législatif plutôt que l'effet réel qui est la considération primordiale pour déterminer si un programme peut bénéficier de la protection du par. 15(2). Michael Peirce défend ce point de vue, qu'il qualifie d'approche « subjective », parce qu'il est plus conforme au libellé de la disposition et qu'il permet d'éviter une ingérence potentiellement inappropriée des tribunaux dans les programmes gouvernementaux (« A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the *Charter* » (1993), 57 *Sask L. Rev.* 263). Les auteurs de doctrine sont néanmoins en désaccord au sujet de l'approche qui devrait être adoptée, et utilisent souvent les qualificatifs « subjectif » (fondé sur l'objet) et « objectif » (fondé sur l'effet).

[45] Les auteurs de doctrine et les juges qui sont favorables à un examen judiciaire de l'*effet* réel d'un programme avancent principalement l'argument suivant à l'appui de leur point de vue. Ils disent craindre qu'un critère « subjectif » permette au gouvernement de faire obstacle à une allégation de discrimination en déclarant que la loi contestée a un objet améliorateur. C'est ainsi que Russell Juriensz affirme qu'un [TRADUCTION] « critère purement subjectif peut être trop large » (« Recent Developments in Canadian Law : Anti-Discrimination Law Part I » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 447, p. 483). David Lepofsky et Jerome Bickenbach croient que la [TRADUCTION] « meilleure approche est celle voulant que le défendeur doive établir que le programme contesté a de sérieuses chances d'atteindre son objectif améliorateur » (« Equality Rights and the Physically Handicapped », dans A. F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the*

ameliorative legislative purpose were the sole test under section 15(2), a legislature could easily circumvent the egalitarian requirements under section 15(1) by including in any potentially discriminatory legislation a clause which provides that ‘this Act has as its object the amelioration of the conditions of . . . a disadvantaged group’” (p. 355).

[46] In our opinion, this concern can be easily addressed. There is nothing to suggest that a test focussed on the goal of legislation must slavishly accept the government’s characterization of its purpose. Courts could well examine legislation to ensure that the declared purpose is genuine. Courts confronted with a s. 15(2) claim have done just that. For example, in *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (Q.B.) (rev’d in part (1988), 55 Man. R. (2d) 263 (C.A.)), Simonsen J. explained, at para. 51:

A bald declaration by government that it has adopted a program which “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race . . .” does not *ipso facto* meet the requirements to sanctify the program under s. 15(2) of the *Charter*. The government cannot employ such a naked declaration as a shield to protect an activity or program which is unnecessarily discriminatory.

[47] In that vein, proponents of the approach that focusses on the ameliorative goal of the program, rather than its effect, argue that doing so will prevent courts from unduly interfering in ameliorative programs created by the legislature. They note that Canadian *Charter* drafters wished to avoid the American experience, whereby judges overturned affirmative action programs under the banner of equality. The purpose-driven approach also reflects the language of the provision itself, which focusses on the “object” of the program, law or activity rather than its impact. Moreover, the effects of a

*Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, p. 355). Ils justifient ce point de vue par l’argument selon lequel, [TRADUCTION] « si l’objectif améliorateur d’une mesure législative était le seul critère applicable pour les besoins du par. 15(2), un législateur pourrait facilement contourner les exigences égalitaires du par. 15(1) en insérant dans toute mesure législative potentiellement discriminatoire une clause prévoyant que “la présente loi est destinée à améliorer la situation [d’un] [. . .] groupe défavorisé” » (p. 355).

[46] À notre avis, cette crainte peut être facilement dissipée. Rien n’indique qu’un critère axé sur l’objectif d’une mesure législative doit retenir servilement la façon dont le gouvernement qualifie son objectif. Les tribunaux pourraient bien examiner une mesure législative pour s’assurer que l’objet déclaré est véritable. C’est exactement ce qu’ont fait les tribunaux saisis d’une demande fondée sur le par. 15(2). Par exemple, dans la décision *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (B.R.) (inf. en partie par (1988), 55 Man. R. (2d) 263 (C.A.)), le juge Simonsen a expliqué ceci, au par. 51 :

[TRADUCTION] Une simple déclaration du gouvernement selon laquelle il a adopté un programme « destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race [. . .] » ne respecte pas automatiquement les exigences requises pour valider le programme au regard du par. 15(2) de la *Charte*. Le gouvernement ne peut pas se servir d’une déclaration aussi rudimentaire pour assurer la protection d’une activité ou d’un programme qui est inutilement discriminatoire.

[47] Dans cette veine, les partisans de l’approche axée sur l’objectif améliorateur du programme, plutôt que sur son effet, prétendent que cette façon de procéder empêchera les tribunaux de s’ingérer indûment dans des programmes améliorateurs créés par le législateur. Ils soulignent que les rédacteurs de la *Charte* canadienne ont voulu éviter la situation qui s’est produite aux États-Unis lorsque des juges ont annulé des programmes de promotion sociale au nom de l’égalité. L’approche téléologique reflète également le libellé même de la disposition, qui met l’accent sur l’« objet » du



program in its fledgling stages cannot always be easily ascertained. The law or program may be experimental. If the sincere purpose is to promote equality by ameliorating the conditions of a disadvantaged group, the government should be given some leeway to adopt innovative programs, even though some may ultimately prove to be unsuccessful. The government may learn from such failures and revise equality-enhancing programs to make them more effective.

[48] Given the language of the provision and its goal of enabling governments to pro-actively combat discrimination, we believe the “purpose”-based approach is more appropriate than the “effect”-based approach: where a law, program or activity creates a distinction based on an enumerated or analogous ground, was the government’s goal in creating that distinction to improve the conditions of a group that is disadvantaged? In examining purpose, courts may therefore find it necessary to consider not only statements made by the drafters of the program but also whether the legislature chose means rationally related to that ameliorative purpose, in the sense that it appears at least plausible that the program may indeed advance the stated goal of combatting disadvantage. The Manitoba Court of Queen’s Bench suggested that it favoured an analysis of this kind in *Manitoba Rice Farmers Association*, at para. 54:

In order to justify a program under s. 15(2), I believe there must be a real nexus between the object of the program as declared by the government and its form and implementation. It is not sufficient to declare that the object of a program is to help a disadvantaged group if in fact the ameliorative remedy is not directed toward the cause of the disadvantage. There must be a unity or interrelationship amongst the elements in the program which will prompt the court to conclude that the remedy in its form and implementation is rationally related to the cause of the disadvantage.

programme, de la loi ou de l’activité plutôt que sur son effet. De plus, les effets d’un programme qui est encore balbutiant ne sont pas toujours faciles à déterminer. La loi ou le programme peut être expérimental. Si la mesure en question a sincèrement pour objet de promouvoir l’égalité par l’amélioration de la situation d’un groupe défavorisé, le gouvernement devrait disposer d’une certaine latitude pour adopter des programmes innovateurs, même si certains parmi ceux-ci peuvent en définitive se révéler infructueux. Le gouvernement peut tirer des leçons de ces échecs et corriger des programmes de promotion de l’égalité afin de les rendre plus efficaces.

[48] Compte tenu du libellé de la disposition et de son objectif de permettre aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination, nous estimons que l’approche fondée sur « l’objet » est plus indiquée que celle fondée sur « l’effet » : dans le cas où une loi, un programme ou une activité établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, l’objectif visé par le gouvernement en créant cette distinction était-il d’améliorer la situation d’un groupe défavorisé? En examinant l’objet, les tribunaux peuvent donc juger nécessaire de prendre en compte non seulement les déclarations des rédacteurs du programme, mais aussi la question de savoir si le législateur a choisi des moyens ayant un lien rationnel avec cet objet améliorateur, en ce sens qu’il semble tout au moins plausible que le programme peut effectivement favoriser la réalisation de l’objectif déclaré de supprimer un désavantage. La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a indiqué qu’elle préconisait ce type d’analyse dans l’arrêt *Manitoba Rice Farmers Association*, par. 54 :

[TRADUCTION] Pour justifier un programme au regard du par. 15(2), j’estime qu’il doit y avoir un lien réel entre l’objet déclaré du programme gouvernemental et sa forme et sa mise en œuvre. Il ne suffit pas de déclarer qu’un programme a pour objet d’aider un groupe défavorisé si, en fait, la mesure amélioratrice ne s’attaque pas à la cause du désavantage. Il doit y avoir identité ou corrélation des éléments du programme qui inciteront le tribunal à conclure que, sur les plans de sa forme et de sa mise en œuvre, la mesure a un lien rationnel avec la cause du désavantage.

[49] Analysing the means employed by the government can easily turn into assessing the *effect* of the program. As a result, to preserve an intent-based analysis, courts could be encouraged to frame the analysis as follows: Was it rational for the state to conclude that the means chosen to reach its ameliorative goal would contribute to that purpose? For the distinction to be rational, there must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. Such a standard permits significant deference to the legislature but allows judicial review where a program nominally seeks to serve the disadvantaged but in practice serves other non-remedial objectives.

[50] The next issue is whether the program's ameliorative purpose needs to be its exclusive objective. Programs frequently serve more than one purpose or attempt to meet more than one goal. Must the ameliorative object be the sole object, or may it be one of several?

[51] We can find little justification for requiring the ameliorative purpose to be the sole object of a program. It seems unlikely that a single purpose will motivate any particular program; any number of goals are likely to be subsumed within a single scheme. To prevent such programs from earning s. 15(2) protection on the grounds that they contain other objectives seems to undermine the goal of s. 15(2).

[52] The importance of the ameliorative purpose within the scheme may help determine the *scope* of s. 15(2) protection, however. Consider that an ameliorative program may coexist with or interact with a larger legislative scheme. If only the program has an ameliorative purpose, does s. 15(2) extend to protect the wider legislative scheme? We offer as a tentative guide that s. 15(2) precludes from s. 15(1) review distinctions made on enumerated or analogous grounds that serve and are necessary to the ameliorative purpose.

[49] L'analyse des moyens utilisés par le gouvernement peut facilement devenir une appréciation de l'*effet* du programme. Par conséquent, pour maintenir une analyse fondée sur l'intention, les tribunaux pourraient être incités à procéder à l'analyse en se posant la question suivante : Était-il raisonnable que l'État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d'atteindre cet objectif? Pour que la distinction soit raisonnable, il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible. Un tel critère permet au législateur de bénéficier d'une grande déférence, mais il permet aussi de procéder à un contrôle judiciaire dans le cas où un programme est théoriquement destiné à aider une population défavorisée, alors qu'en pratique il répond à d'autres objectifs non réparateurs.

[50] La prochaine question est de savoir s'il est nécessaire que l'objet améliorateur soit le seul objectif du programme. Il arrive souvent que des programmes aient plus d'un objet ou tendent à la réalisation de plus d'un objectif. L'objet améliorateur doit-il être le seul objectif visé ou peut-il constituer un objectif parmi d'autres?

[51] Selon nous, il est difficilement justifiable d'exiger que l'objet améliorateur soit le seul objectif d'un programme. Il semble improbable qu'un programme soit motivé par un seul objectif; un programme peut comporter de nombreux objectifs. Empêcher que ces programmes bénéficient de la protection du par. 15(2) pour le motif qu'ils visent d'autres objectifs semble contrecarrer le but du par. 15(2).

[52] Toutefois, l'importance que l'objet améliorateur revêt dans le programme peut aider à déterminer la *portée* de la protection assurée par le par. 15(2). Supposons qu'un programme améliorateur puisse coexister ou interagir avec un programme législatif général. Si seul ce programme a un objet améliorateur, le par. 15(2) s'applique-t-il pour protéger le programme législatif général? Pour l'instant, on peut dire que le par. 15(2) soustrait à un examen fondé sur le par. 15(1) les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui tendent et sont nécessaires à la réalisation de l'objet améliorateur.

(b) “Amelioration”

[53] Section 15(2) protects programs that aim to “ameliorate” the condition of disadvantaged groups identified by the enumerated or analogous grounds. Although the word does not at first seem liable to misunderstanding, courts have previously understood the term (and s. 15(2)) to apply in surprising circumstances. In *R. v. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, the Manitoba Court of Queen’s Bench upheld a Winnipeg bylaw that restricted young people under 16 from operating an amusement device without the consent of a guardian or a parent on the grounds that it was protected by s. 15(2). Smith J. declared that the bylaw “is obviously for the benefit of the special needs of young persons” (para. 21). On appeal, the decision was reversed. The Court of Appeal explained: “[T]his legislation does not confer special benefits upon young people, but rather imposes a limitation. Nor is the purpose of the legislation the amelioration of their condition” ((1990), 68 Man. R. (2d) 203, at para. 18). Courts have also used s. 15(2) to uphold provisions of the *Criminal Code* (*Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196 (B.C.S.C.), aff’d (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.)) and of the *Young Offenders Act* (*Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116 (Man. Q.B.)).

[54] These precedents suggest that the meaning of “amelioration” deserves careful attention in evaluating programs under s. 15(2). We would suggest that laws designed to restrict or punish behaviour would not qualify for s. 15(2) protection. Nor, as already discussed, should the focus be on the effect of the law. This said, the fact that a law has no plausible or predictable ameliorative effect may render suspect the state’s ameliorative purpose. Governments, as discussed above, are not permitted to protect discriminatory programs on colourable pretexts.

b) « améliorer »

[53] Le paragraphe 15(2) protège les programmes destinés à « améliorer » la situation des groupes défavorisés caractérisés par les motifs énumérés ou analogues. Bien qu’à prime abord ce mot ne semble pas prêter à confusion, les tribunaux ont déjà considéré qu’il (de même que le par. 15(2)) s’appliquait dans des circonstances étonnantes. Dans la décision *R. c. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé la validité d’un règlement de la ville de Winnipeg qui interdisait aux jeunes personnes âgées de moins de 16 ans d’utiliser des appareils de divertissement sans le consentement d’un tuteur ou de leur père ou de leur mère pour le motif que ce règlement était protégé par le par. 15(2). Le juge Smith a déclaré que le règlement [TRADUCTION] « vise clairement à répondre aux besoins particuliers des jeunes » (par. 21). Cette décision a été infirmée en appel. La Cour d’appel a donné l’explication suivante : [TRADUCTION] « [C]ette mesure législative n’accorde aucun avantage particulier aux jeunes, mais elle leur impose plutôt une restriction. Elle n’a pas non plus pour objectif d’améliorer leur situation » ((1990), 68 Man. R. (2d) 203, par. 18). Les tribunaux ont également utilisé le par. 15(2) pour confirmer la validité de certaines dispositions du *Code criminel* (*Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196 (C.S.C.-B.), conf. par (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.)) et de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (*Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116 (B.R. Man.)).

[54] Cette jurisprudence indique que le sens du mot « améliorer » mérite d’être examiné attentivement lors de l’évaluation de programmes au regard du par. 15(2). Selon nous, les lois destinées à limiter ou à punir un comportement ne doivent pas bénéficier de la protection du par. 15(2). De même, comme nous l’avons vu, l’accent ne doit pas être mis sur l’effet de la loi. Cela dit, le fait qu’une loi n’ait aucun effet améliorateur plausible ou prévisible risque de rendre douteux l’objet améliorateur visé par l’État. Les gouvernements, nous le répétons, ne peuvent pas, sous des prétextes fallacieux, protéger des programmes discriminatoires.

(c) “Disadvantaged”

[55] The interpretation of “disadvantaged”, explored in *Andrews, Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Law*, and other cases in the context of s. 15(1), requires little further elaboration here. “Disadvantage” under s. 15 connotes vulnerability, prejudice and negative social characterization. Section 15(2)’s purpose is to protect government programs targeting the conditions of a specific and identifiable disadvantaged group, as contrasted with broad societal legislation, such as social assistance programs. Not all members of the group need to be disadvantaged, as long as the group as a whole has experienced discrimination.

3. *Application of Section 15(2) to This Case*

[56] The appellants have argued they were denied a benefit on the basis of race, a ground enumerated in s. 15 of the *Charter*. As discussed above, once the appellants have demonstrated such a distinction, the government may attempt to show the program is protected under s. 15(2). The government conferred the communal fishing licence valid for August 19-20 to particular aboriginal bands. Therefore, we are satisfied that the appellants have demonstrated a distinction imposed on the basis of race, an enumerated ground under s. 15.

[57] We have earlier suggested that a distinction based on the enumerated or analogous grounds in a government program will not constitute discrimination under s. 15 if, under s. 15(2), (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. The question is whether the program at issue on this appeal meets these conditions.

[58] The first issue is whether the program that excluded Mr. Kapp and other non-band fishers from the fishery had an ameliorative or remedial purpose. The Crown describes numerous objectives for the impugned pilot sales program. These

c) « défavorisés »

[55] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de clarifier beaucoup plus l’interprétation du mot « défavorisés » qui a été donnée dans les arrêts *Andrews, Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Law*, et dans d’autres cas dans le contexte du par. 15(1). Le « désavantage » aux fins d’application de l’art. 15 dénote la vulnérabilité, un préjugé et une image négative dans la société. Le paragraphe 15(2) a pour objet de protéger les programmes gouvernementaux axés sur la situation d’un groupe défavorisé précis et identifiable, par opposition aux mesures législatives sociales générales, tels les programmes d’aide sociale. Il n’est pas nécessaire que les membres du groupe soient tous défavorisés, il suffit que l’ensemble du groupe soit victime de discrimination.

3. *Application du par. 15(2) à la présente affaire*

[56] Les appelants ont soutenu qu’ils avaient été privés d’un avantage en raison de leur race, un motif énuméré à l’art. 15 de la *Charte*. Comme nous l’avons vu, une fois que les appelants ont établi l’existence d’une telle distinction, le gouvernement peut tenter de démontrer que le programme est protégé par le par. 15(2). Le gouvernement a accordé le permis de pêche communautaire valide du 19 au 20 août à certaines bandes autochtones. Par conséquent, nous sommes convaincues que les appelants ont démontré l’existence d’une distinction fondée sur la race, un motif énuméré à l’art. 15.

[57] Nous avons déjà indiqué que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue qu’établit un programme gouvernemental n’est pas discriminatoire au sens de l’art. 15 si, au regard du par. 15(2), ce programme (1) a un objet améliorateur ou réparateur et (2) vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. La question est de savoir si le programme en cause dans la présente affaire remplit ces conditions.

[58] La première question est de savoir si le programme qui a interdit à M. Kapp et à d’autres pêcheurs non membres des bandes de pêcher avait un objet améliorateur ou réparateur. La Couronne associe maints objectifs au programme pilote de

include negotiating solutions to aboriginal fishing rights claims, providing economic opportunities to native bands and supporting their progress towards self-sufficiency. The impugned fishing licence relates to all of these goals. The pilot sales program was part of an attempt — albeit a small part — to negotiate a solution to aboriginal fishing rights claims. The communal fishing licence provided economic opportunities, through sale or trade, to the bands. Through these endeavours, the government was pursuing the goal of promoting band self-sufficiency. In these ways, the government was hoping to redress the social and economic disadvantage of the targeted bands. The means chosen to achieve the purpose (special fishing privileges for aboriginal communities, constituting a benefit) are rationally related to serving that purpose. It follows that the Crown has established a credible ameliorative purpose for the program.

[59] The government's aims correlate to the actual economic and social disadvantage suffered by members of the three aboriginal bands. The disadvantage of aboriginal people is indisputable. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Court noted "the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples" (para. 66). The Court has also acknowledged that "Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health and housing" (*Lovelace*, at para. 69). More particularly, the evidence shows in this case that the bands granted the benefit were in fact disadvantaged in terms of income, education and a host of other measures. This disadvantage, rooted in history, continues to this day. The communal fishing licence, by addressing long-term goals of self-sufficiency and, more immediately, by providing additional sources of income and employment, relates to the social and economic disadvantage suffered by the bands. The fact that some individual members of the bands may not experience personal

vente contesté. Ce programme vise notamment à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l'autosuffisance. Le permis de pêche contesté est lié à tous ces objectifs. Le programme pilote de vente faisait partie — ne serait-ce que dans une faible mesure — d'une tentative de parvenir à une solution négociée relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones. Il donnait aux bandes des possibilités de développement économique grâce à la vente ou au commerce. Ces démarches du gouvernement visaient à favoriser l'accession des bandes à l'autosuffisance. Le gouvernement espérait, de cette façon, remédier au désavantage social et économique dont étaient victimes les bandes visées. Les moyens choisis pour réaliser cet objectif (l'attribution aux collectivités autochtones de privilèges spéciaux en matière de pêche qui constituent un avantage) ont un lien rationnel avec la poursuite de cet objectif. Il s'ensuit que la Couronne a prouvé que le programme avait un objet améliorateur crédible.

[59] Les objectifs du gouvernement sont en corrélation avec le désavantage économique et social dont sont réellement victimes les membres de trois bandes autochtones. Il est incontestable que les peuples autochtones sont défavorisés. Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour a mentionné « l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones » (par. 66). La Cour a également reconnu que « [l]es peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et [qu']ils font face à d'importants désavantages dans les domaines de l'éducation, de la santé et du logement » (*Lovelace*, par. 69). Plus particulièrement, la preuve démontre en l'espèce que les bandes qui se sont vu accorder l'avantage en question étaient effectivement défavorisées sur les plans du revenu et de l'éducation, et à maints autres égards. Ce désavantage historique perdure de nos jours. Étant donné qu'il vise des objectifs d'autosuffisance à long terme et qu'à plus court terme il offre des sources de revenu et des possibilités d'emploi additionnelles, le permis de pêche communautaire

disadvantage does not negate the group disadvantage suffered by band members.

[60] Mr. Kapp suggests that the focus must be on the particular forms of disadvantage suffered by the bands who received the benefit, and argues that this program did not offer a benefit that effectively tackled the problems faced by these bands. As discussed above, what is required is a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. If the target group is socially and economically disadvantaged, as is the case here, and the program may rationally address that disadvantage, then the necessary correspondence is established.

[61] We conclude that the government program here at issue is protected by s. 15(2) as a program that “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. It follows that the program does not violate the equality guarantee of s. 15 of the *Charter*.

#### 4. *Section 25 of the Charter*

[62] Having concluded that a breach of s. 15 is not established, it is unnecessary to consider whether s. 25 of the *Charter* would bar the appellants' claim. However, we wish to signal our concerns with aspects of the reasoning of Bastarache J. and of Kirkpatrick J.A., both of whom would have dismissed the appeal solely on the basis of s. 25.

[63] An initial concern is whether the communal fishing licence at issue in this case lies within s. 25's compass. In our view, the wording of s. 25 and the examples given therein — aboriginal rights, treaty rights, and “other rights or freedoms”, such as rights derived from the *Royal Proclamation* or from land claims agreements — suggest that not

est lié au désavantage social et économique dont sont victimes les bandes. Le fait que certains membres des bandes ne soient pas nécessairement personnellement défavorisés n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes.

[60] Monsieur Kapp affirme qu'il faut mettre l'accent sur les formes de désavantage dont étaient victimes les bandes à qui l'avantage a été accordé, et il fait valoir que le programme en question n'a procuré aucun avantage répondant concrètement aux problèmes particuliers auxquels ces bandes faisaient face. Comme nous l'avons vu, il doit y avoir corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible. Si le groupe cible est socialement et économiquement défavorisé, comme c'est le cas en l'espèce, et que le programme peut raisonnablement remédier à cette situation, l'existence de la correspondance nécessaire est alors établie.

[61] Nous concluons que le programme gouvernemental en cause dans la présente affaire est protégé par le par. 15(2) en tant que programme « destin[é] à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». Il s'ensuit que le programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

#### 4. *L'article 25 de la Charte*

[62] Après avoir conclu que l'existence d'une violation de l'art. 15 n'est pas établie, il n'est pas nécessaire de se demander si l'art. 25 de la *Charte* ferait obstacle à la demande des appelants. Toutefois, nous tenons à faire part des questions que nous nous posons au sujet de certains aspects du raisonnement du juge Bastarache et de la juge Kirkpatrick de la Cour d'appel qui auraient rejeté l'appel sur le seul fondement de l'art. 25.

[63] La première question est de savoir si le permis de pêche communautaire dont il est question en l'espèce tombe sous le coup de l'art. 25. Selon nous, le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y trouve — droits ancestraux, droits issus de traités et autres « droits ou libertés », tels les droits émanant de la *Proclamation royale* ou d'accords sur

every aboriginal interest or program falls within the provision's scope. Rather, only rights of a constitutional character are likely to benefit from s. 25. If so, we would question, without deciding, whether the fishing licence is a s. 25 right or freedom.

[64] A second concern is whether, even if the fishing licence does fall under s. 25, the result would constitute an absolute bar to the appellants' s. 15 claim, as distinguished from an interpretive provision informing the construction of potentially conflicting *Charter* rights.

[65] These issues raise complex questions of the utmost importance to the peaceful reconciliation of aboriginal entitlements with the interests of all Canadians. In our view, prudence suggests that these issues are best left for resolution on a case-by-case basis as they arise before the Court.

#### D. Conclusion

[66] We would dismiss the appeal on the ground that breach of the s. 15 equality guarantee has not been established.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

##### 1. Introduction

[67] The Minister of Fisheries and Oceans has the task of managing the salmon fishery on the Fraser River. In an effort to enhance the management of this fishery and address a number of issues besetting the fishery, he developed the Aboriginal Fisheries Strategy, a component of which in turn is the pilot sales program. Under this program, the Minister exercised his discretion under the *Fisheries Act*,

des revendications territoriales — indiquent que les droits des Autochtones ou les programmes destinés à ceux-ci ne sont pas tous visés par cette disposition. Au contraire, seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. Si c'est le cas, nous nous demandons alors, sans pour autant trancher la question, si le permis de pêche constitue un droit ou une liberté visé par l'art. 25.

[64] Même dans l'hypothèse où le permis de pêche relèverait effectivement de l'art. 25, la deuxième question est de savoir si la demande des appellants fondée sur l'art. 15 serait totalement irrecevable, contrairement à ce qui se produirait dans le cas d'une disposition servant à interpréter des droits garantis par la *Charte* qui sont susceptibles d'entrer en conflit.

[65] Ces questions soulèvent des considérations complexes extrêmement importantes pour que les droits des Autochtones puissent être conciliés de manière pacifique avec les intérêts de tous les Canadiens. Nous estimons qu'il serait plus prudent de laisser à la Cour le soin de trancher ces questions au fur et à mesure qu'elles seront soulevées dans des cas particuliers.

#### D. Conclusion

[66] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que l'existence d'une atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 n'a pas été établie.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

##### 1. Introduction

[67] Le ministre des Pêches et des Océans est chargé de gérer la pêche du saumon sur le fleuve Fraser. Dans le but d'améliorer la gestion de cette pêche et de régler plusieurs problèmes qui accablent la pêche, il a élaboré la Stratégie relative aux pêches autochtones, dont un volet est le programme pilote de vente. Dans le cadre de ce programme, le ministre a exercé les pouvoirs discrétionnaires que

R.S.C. 1985, c. F-14, and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332.

[68] On August 19, 1998, the Minister issued a licence to the Musqueam, Burrard and Tsawwassen First Nations, permitting them to fish for a period of 24 hours in exclusivity, and to sell their catch. The appellants, who are all commercial fishers, mounted a “protest fishery” during the aboriginal fishery and were charged for fishing during a time when the fishery was closed to them. At their subsequent trial, the appellants did not challenge the law under which they were charged, but asserted that the trial proceedings should be stayed as their rights to equality under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. They argue that their right to participate as equals in the public commercial fishery has been breached on the basis of a race-based distinction and that any race-based distinction affects the dignity of the persons subject to discrimination.

[69] The respondent Minister argues that the appellants were not denied any benefit of the law, as they were provided opportunities to fish and, indeed, caught significant quantities of salmon. Moreover, providing aboriginal communities, which have historically been disadvantaged, with access to commercial salmon fishing does not demean the dignity of commercial salmon fishers by treating them as less worthy and valued members of Canadian society. The respondent Minister stated that the policy under the *Aboriginal Fisheries Strategy* was to provide opportunities to fish for food, and for social and ceremonial purposes, and in some cases pilot sales, to aboriginal communities having historical use and occupancy of an area. He explained that approximately 70 fisheries agreements were negotiated annually with aboriginal groups throughout the province. Under these agreements, the groups received communal licences authorizing fishing in accordance with the fisheries agreements. The position of the respondent is that the members of the claimant group, which consists of individuals, cannot properly compare themselves to aboriginal

lui confèrent la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332.

[68] Le 19 août 1998, le ministre a délivré aux Premières nations Musqueam, Burrard et Tsawwassen un permis les autorisant à pêcher en exclusivité pendant une période de 24 heures et à vendre leurs prises. Les appelants, qui sont tous des pêcheurs commerciaux, ont organisé une « pêche de protestation » durant la pêche autochtone et ont été accusés d’avoir pêché à un moment où la pêche leur était interdite. Lors de leur procès, les appelants n’ont pas contesté la loi en vertu de laquelle ils étaient accusés, mais ils ont soutenu que l’instance devait être suspendue en raison de la violation de leurs droits à l’égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils font valoir qu’il y a eu une atteinte, en raison d’une distinction fondée sur la race, à leur droit de prendre part sur un pied d’égalité à la pêche commerciale publique, et que toute distinction fondée sur la race porte atteinte à la dignité des personnes faisant l’objet de la discrimination.

[69] Le ministre intimé soutient que les appelants ne se sont vu dénier aucun bénéfice de la loi puisqu’on leur a donné la possibilité de pêcher et qu’ils ont du reste capturé des quantités importantes de saumon. En outre, le fait de donner accès à la pêche commerciale du saumon à des collectivités autochtones qui ont historiquement été défavorisées ne porte pas atteinte à la dignité des pêcheurs de saumon commerciaux au sens où ils seraient traités comme des citoyens canadiens moins dignes et de moindre valeur. Le ministre intimé a déclaré que la politique établie dans le cadre de la *Stratégie relative aux pêches autochtones* consistait à offrir à des collectivités autochtones ayant historiquement occupé et utilisé un territoire des possibilités de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, et dans certains cas de participer à un programme pilote de vente. Il a expliqué qu’environ 70 ententes sur les pêches étaient négociées chaque année avec des groupes autochtones partout dans la province. En vertu de ces ententes, des permis communautaires délivrés aux groupes les autorisent à pratiquer la pêche selon les conditions qui y sont



communities, the recipients of the benefit in question. The appellants respond that membership in a band does not constitute a valid proxy in any circumstance that is functionally relevant to the regulation of the public fishery. The appellants add that any cultural significance to fishery activity is dealt with by the doctrine of aboriginal rights and the protection of such rights by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[70] With regard to the communal aspect of the fishery, the trial judge, Kitchen Prov. Ct. J., had this to say: “The Department labels the fishery ‘communal’, but the individuals designated by the bands to participate are completely on their own and keep all profits for themselves. . . . [T]he pilot sales fishery provides financial assistance to only the individual members of the bands, not the bands generally . . . It is not a communal fishery. . . . [B]and members who were most successful in the pilot sales fishery were those who were also commercial fishers and operated fully equipped commercial fishing vessels” ([2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279, at paras. 200, 211 and 214).

[71] The pilot sales program was not related to the specific aboriginal right to fish for food found in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Rather, according to the respondent, it was designed to reach negotiated solutions to claims for aboriginal commercial fishing rights and to provide economic opportunities to native bands, to support their progress towards self-sufficiency. Minister Crosbie, the Minister of Fisheries and Oceans at the time, explained that unauthorized sale of aboriginal food fish was creating a management problem. He explained that, rather than litigating the issue, the Department sought to reach an agreement with aboriginal groups as to how much fish they could take and sell and to allow the Department to regulate how the fish would be sold. James Matkin, speaking for the

prescrites. Pour l’intimé, les membres du groupe de demandeurs, tous des particuliers, ne peuvent pas à juste titre se comparer aux collectivités autochtones qui reçoivent le bénéfice en question. Les appelants répliquent que l’appartenance à une bande ne constitue pas une justification valable dans toute situation fonctionnellement pertinente à la réglementation des pêches publiques. Ils ajoutent que toute éventuelle importance culturelle de l’activité de pêche est régie par la doctrine des droits des peuples autochtones et que la protection de ces droits est garantie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[70] En ce qui concerne l’aspect communautaire de la pêche, le juge de première instance, le juge Kitchen de la Cour provinciale, a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Le ministère qualifie la pêche de “communautaire”, mais les individus désignés par les bandes pour y participer ont une liberté totale et ils conservent tous les bénéfices pour eux-mêmes. [ . . . ] [L]a pêche pratiquée dans le cadre du programme pilote de vente fournit une assistance financière uniquement aux membres individuels des bandes, pas aux bandes en général. [ . . . ] Il ne s’agit pas d’une pêche communautaire. [ . . . ] [L]es membres de bandes qui réussissent le mieux dans le cadre du programme pilote de vente sont ceux qui étaient également des pêcheurs commerciaux et qui exploitaient des bateaux de pêche commerciale munis de tout l’équipement nécessaire » ([2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279, par. 200, 211 et 214).

[71] Le programme pilote de vente n’avait aucun lien avec le droit spécifique des peuples autochtones de pratiquer la pêche à des fins alimentaires dont il était question dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Il visait plutôt, selon l’intimé, à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche commerciale des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l’autosuffisance. Le ministre Crosbie, le ministre des Pêches et des Océans à l’époque, a expliqué que la vente non autorisée de produits de la pêche vivrière autochtone créait un problème de gestion. Il a expliqué que, plutôt que de soumettre le problème aux tribunaux, le ministre avait tenté de s’entendre avec des groupes

Department of Fisheries, explained that the pilot sales are justified as an exercise in policy making of the Minister's authority under the *Fisheries Act* and that they are designated to follow the court's direction to negotiate rather than to litigate.

[72] With regard to the rationale for the pilot project, Kitchen Prov. Ct. J. had this to say:

It is difficult to discern the real purpose of the pilot sales fishery. . . . Fisheries Minister John Crosbie gave control of poaching as the reason for the program. . . .

. . . he also mentioned that the program was to be an experiment. This is a second justification given for the program. . . .

This literature also asserts that the *Sparrow Case* requires that this type of opportunity be afforded to Aboriginals. This is clearly not the situation. . . .

. . . Department literature also mentions the fiduciary duty society has to the Aboriginal community and how this has prompted the Department to move ahead of caselaw . . . .

. . . .

Most significantly, the Department of Fisheries and Oceans have given economic development and an ameliorative purpose as the reason for pilot sales program. But there is a real suspicion that this is an *ex post facto* justification; . . .

. . . .

Even if financial disadvantage were an issue there was no economic study or assessment done prior to or during the pilot sales fishery concerning the economic need of the bands and the financial rewards the fishery would produce. . . .

. . . .

. . . Several reasons have been proffered at various times. There has been no consistent rationale for the program. [paras. 186-89, 191, 199 and 210]

autochtones sur la quantité de poisson qu'ils pouvaient capturer et vendre, et de permettre au ministre de réglementer la façon dont le poisson serait vendu. James Matkin, le porte-parole du ministère des Pêches, a expliqué que le programme pilote de vente est justifié au titre de l'exercice, sous la forme d'élaboration de politiques, des pouvoirs conférés au ministre par la *Loi sur les pêches* et qu'il répond à l'orientation donnée par la Cour suivant laquelle il faut privilégier la négociation par rapport au recours judiciaire.

[72] Le juge de première instance a fait observer ce qui suit au sujet du fondement du projet pilote :

[TRADUCTION] Il est difficile de discerner le véritable objectif du programme pilote de vente. [ . . . ] Le ministre des Pêches John Crosbie a indiqué que la répression du braconnage était la raison sur laquelle reposait le programme. . . .

. . . il a également mentionné que le programme devait constituer une expérience. Voilà une seconde justification donnée à l'égard du programme. . . .

Ces textes affirment en outre que l'arrêt *Sparrow* exige qu'on donne aux Autochtones de telles occasions. Tel n'est manifestement pas le cas . . . .

. . . Les publications du ministère font également état de l'obligation fiduciaire de la société envers la collectivité autochtone et expliquent que cela a incité le ministère à devancer la jurisprudence . . . .

. . . .

Surtout, le ministère des Pêches et des Océans a cité le développement économique et un objectif améliorateur comme raison d'être du programme pilote de vente. Mais il est permis de penser qu'il s'agit là d'une justification *ex post facto*; . . .

. . . .

Même si l'existence d'un désavantage financier entrerait en ligne de compte, aucune étude ou évaluation économique n'a été effectuée avant ou durant le programme pilote de vente au sujet des besoins économiques des bandes et des bénéfices financiers que la pêche procurerait. . . .

. . . .

. . . Diverses raisons ont été présentées à divers moments. On n'a donné aucun fondement cohérent au programme. [par. 186-189, 191, 199 et 210]

[73] The important point to be made here is that the respondent's position is that the Aboriginal Fisheries Strategy and the pilot sales program were primarily aimed at management of the fishery and did not have as their primary object the amelioration of conditions of disadvantaged groups or individuals. The respondent therefore does not rely on s. 15(2) of the *Charter*. He states that s. 15(2) is an interpretative provision and that given this Court's established lines of authority on the proper approach to analysis of the equality claims under s. 15(1), the ameliorative purpose or effect of a program can readily be taken into account under s. 15(1).

[74] Kitchen Prov. Ct. J. held that the pilot sales program violated s. 15(1) and was not saved by s. 1 of the *Charter*. The summary conviction appeal judge, Brenner C.J.S.C., allowed the appeal on the basis that the trial judge had identified the claimant and comparator groups too narrowly, that he had failed to properly consider the pre-existing disadvantage of the aboriginal communities that comprise the comparator group, and that he did not give sufficient weight to the fact that the pilot sales program did not have a significant impact on the claimant group ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958). He concluded that the pilot sales program corresponds to the needs, capacity and circumstances of the aboriginal communities and that it is also consistent with the needs, capacity and circumstances of the rest of Canadian society. Although the issue was not dealt with substantially at trial, Brenner C.J.S.C. permitted a number of interveners to argue that s. 25 of the *Charter* applied in this case. He eventually concluded that it did not. The application of s. 25 was fully argued by all parties and most interveners in the Court of Appeal and in this Court.

[75] The five members of the panel in the Court of Appeal of British Columbia were unanimous in dismissing the appeal, but for different reasons

[73] Ce qu'il importe ici de souligner, c'est que selon l'intimé, la Stratégie relative aux pêches autochtones et le programme pilote de vente visaient principalement la gestion de la pêche et n'avaient pas pour principal objectif l'amélioration de la condition de groupes ou d'individus défavorisés. L'intimé ne s'appuie pas, par conséquent, sur le par. 15(2) de la *Charte*. Il déclare que le par. 15(2) est une disposition interprétative et que, étant donné les indications données par notre Cour quant à la façon dont devraient être analysées les revendications d'égalité fondées sur le par. 15(1), l'objectif ou l'effet améliorateur d'un programme peut aisément être pris en considération dans le cadre du par. 15(1).

[74] Le juge Kitchen de la Cour provinciale est arrivé à la conclusion que le programme pilote de vente violait le par. 15(1) et sa validité ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli l'appel au motif que le juge de première instance avait défini trop étroitement le groupe de demandeurs et le groupe de comparaison, qu'il n'avait pas adéquatement tenu compte du désavantage préexistant des communautés autochtones qui forment le groupe de comparaison, et qu'il n'avait pas accordé suffisamment de poids au fait que le programme pilote de vente n'avait pas une incidence importante pour le groupe de demandeurs ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958). Il a conclu que le programme pilote de vente correspond aux besoins, à la capacité et à la situation des collectivités autochtones et qu'il cadre également avec les besoins, la capacité et la situation du reste de la société canadienne. Même si la question n'avait pas été abordée sur le fond lors du procès, le juge en chef Brenner a permis à certains intervenants de plaider que l'art. 25 de la *Charte* s'appliquait en l'espèce. Il a finalement conclu que cet article ne s'appliquait pas. Toutes les parties, et la plupart des intervenants, ont débattu à fond l'application de l'art. 25 devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[75] Les cinq membres de la formation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont rejeté l'appel à l'unanimité, mais pour des motifs différents

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277). Finch C.J.B.C. and Low and Levine J.J.A. held that the appellants had totally failed to establish that they had been denied a benefit and therefore failed to get past the first stage of the *Law* test (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497). They concluded that the aboriginal communal licence was simply part of a broader regulatory framework which provided for various user groups. The Minister in exercising his discretion did not deny the appellants a real benefit since they were provided other opportunities to fish under commercial licences. Mackenzie J.A. held that, assuming the appellants were successful in getting past the first two stages of the *Law* test, they had failed to establish that the communal licences had a discriminatory purpose or effect. Kirkpatrick J.A. held that the communal fishing licences granted were protected under s. 25 of the *Charter* as “another right or freedom that pertains to the aboriginal peoples of Canada”. She further held that s. 25 was triggered whenever the outcome of a *Charter* challenge might abrogate or derogate from aboriginal rights or freedoms. Since the appellants were seeking to eliminate the pilot sales program, s. 25 operated to bar their constitutional challenge under s. 15.

## 2. Analysis

[76] Like Kirkpatrick J.A., I am of the view that s. 25 of the *Charter* provides a complete answer to the question posed in this appeal. I will initially address the role and effect of s. 25, then outline the scope of the provision. Finally, I will propose an analytical approach to be followed when s. 25 is engaged and apply that approach to the present matter.

[77] There is no need for me to engage in a full analysis of the application of s. 15 of the *Charter*. It is sufficient for me to establish the existence of a potential conflict between the pilot sales program and s. 15. This said, I want to state clearly that I

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 227). Le juge en chef Finch et les juges Low et Levine ont estimé que les appelants, ayant été totalement incapables d'établir avoir été privés d'un bénéfice, n'avaient donc pas réussi à franchir la première étape du critère formulé dans l'arrêt *Law* (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497). Ils ont conclu que le permis de pêche communautaire des Autochtones constituait un simple élément d'un cadre réglementaire plus large visant divers groupes d'utilisateurs. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le ministre n'avait pas refusé aux appelants un bénéfice réel puisqu'ils avaient d'autres occasions de pratiquer la pêche en vertu de permis commerciaux. Le juge Mackenzie a conclu que les appelants, à supposer qu'ils aient réussi à franchir les deux premières étapes du critère de l'arrêt *Law*, n'avaient pas fait la preuve que les permis communautaires avaient un objectif ou un effet discriminatoire. La juge Kirkpatrick a pour sa part conclu que les permis de pêche communautaires octroyés étaient protégés en vertu de l'art. 25 de la *Charte* en tant que « droits ou libertés [. . .] autres [. . .] des peuples autochtones du Canada ». Elle a ajouté que l'art. 25 entre en jeu chaque fois que l'issue d'une contestation fondée sur la *Charte* est susceptible de porter atteinte à des droits ou libertés des peuples autochtones. Comme les appelants s'efforçaient d'obtenir la suppression du programme pilote de vente, l'art. 25 faisait obstacle à leur contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 15.

## 2. Analyse

[76] Comme la juge Kirkpatrick, je suis d'avis que l'art. 25 de la *Charte* répond parfaitement à la question posée dans ce pourvoi. J'examinerai pour commencer le rôle et l'effet de l'art. 25, pour ensuite en déterminer la portée. Finalement, je proposerai et j'appliquerai à la présente affaire une méthode d'analyse à suivre dans les cas où l'art. 25 entre en jeu.

[77] Je n'ai pas à me lancer dans une analyse exhaustive de l'application de l'art. 15 de la *Charte*; il me suffira d'établir l'existence d'un conflit potentiel entre le programme pilote de vente et l'art. 15. Cela dit, je tiens à préciser mon adhésion totale à la

am in complete agreement with the restatement of the test for the application of s. 15 that is adopted by the Chief Justice and Abella J. in their reasons for judgment.

### 2.1 *Role and Effect of Section 25*

[78] The enactment of the *Charter* undoubtedly heralded a new era for individual rights in Canada. Nevertheless, the document also expressly recognizes rights more aptly described as collective or group rights. The manner in which collective rights can exist with the liberal paradigm otherwise established by the *Charter* remains a source of ongoing tension within the jurisprudence and the literature. This tension comes to a head in the aboriginal context in s. 25.

[79] Most authors believe that s. 25 is an interpretative provision and does not create new rights. B. H. Wildsmith outlines the two modes of interpretation most commonly posited:

Under one mode of interpreting section 25, the section admonishes the decision maker to construe the Charter right or freedom so as to give effect to it, if possible, without an adverse impact on section 25 rights or freedoms. If it is not possible to so construe the Charter right or freedom so as to avoid a negative impact on native rights, then the force of section 25 is spent. Effect is given to the Charter right or freedom despite the [negative] impact on native rights. Under the second mode of interpreting section 25, the conflict between Charter rights and section 25 rights, if irreconcilable, would be resolved by giving effect to the section 25 rights and freedoms. In short, native rights remain inviolable and unaffected by the rights or freedoms guaranteed by the Charter.

*(Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1988), at pp. 10-11)

[80] The first mode has been described in the literature as an interpretative prism or a mere canon of interpretation. The second method is most commonly referred to as a shield. Wildsmith provides

réaffirmation du critère adopté par la Juge en chef et la juge Abella, dans leurs motifs, à l'égard de l'application de l'art. 15.

### 2.1 *Rôle et effet de l'art. 25*

[78] La promulgation de la *Charte* a incontestablement marqué le début d'une ère nouvelle sur le plan des droits individuels au Canada. Il n'en demeure pas moins que ce document reconnaît expressément, aussi, des droits qu'il convient de qualifier de droits collectifs. La coexistence de droits collectifs avec le paradigme libéral par ailleurs institué par la *Charte* demeure une source de tension constante dans la jurisprudence et la doctrine. Cette tension atteint son paroxysme à l'art. 25 dans le contexte des droits des Autochtones.

[79] Pour la plupart des auteurs, l'art. 25 est une disposition interprétative qui ne crée pas de nouveaux droits. B. H. Wildsmith expose ainsi les deux modes d'interprétation les plus souvent proposés :

[TRADUCTION] Suivant l'un des modes d'interprétation de l'art. 25, cette disposition demande au décideur d'interpréter le droit ou la liberté garanti par la Charte de manière à lui donner effet, si la chose est possible, sans restreindre les droits ou libertés visés à l'art. 25. S'il n'est pas possible d'interpréter le droit ou la liberté garanti par la Charte de manière à éviter une incidence négative sur les droits des peuples autochtones, alors l'art. 25 se trouve dépourvu de conséquences. On donne effet au droit ou à la liberté garanti par la Charte malgré son incidence [négative] sur les droits des peuples autochtones. Suivant le deuxième mode d'interprétation de l'art. 25, si les droits garantis par la Charte et les droits décrits à l'art. 25 s'avèrent inconciliables, le conflit sera résolu en donnant effet aux droits et libertés visés à l'art. 25. En résumé, les droits des peuples autochtones demeurent inviolables et ne sont pas touchés par les droits ou libertés garantis par la Charte.

*(Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1988), p. 10-11)

[80] Le premier mode a été décrit dans la doctrine comme un prisme interprétatif ou une simple norme d'interprétation. Le deuxième mode est le plus souvent présenté comme un bouclier. Wildsmith, pour

an example (at pp. 11-12) that is highly reminiscent of the present matter to demonstrate that there is a serious difficulty in finding that s. 25 is a mere canon of interpretation. If a provincial Act were to establish that “[n]o Indian shall hunt (or fish) except for his own personal consumption unless he has first obtained a licence”, and that no treaty or aboriginal right to this exemption existed, then a non-Indian hunter or fisherman would say that the statute violated s. 15(1) of the *Charter*. Indians would have a right to hunt or fish for personal consumption denied to others. The statutory right given to the Indians would be an “other right or freedom” under s. 25. The court would then be forced to choose between vindicating the equality right or the right protected by s. 25. If the real effect of s. 25 is to protect native rights and freedoms from erosion based on the *Charter*, the conflict should be resolved by refusing to apply s. 15 in these circumstances.

[81] I agree that giving primacy to s. 25 is what was clearly intended. As will be seen, this is consistent with the wording and history of the provision. It is also consistent with the declarations of the then Deputy Minister of Justice, Roger Tassé, and with those of the Minister of Justice at the time of the 1983 amendment, Justice Minister Mark MacGuigan.

### 2.1.1 Interpretative Approach

[82] Our Court has given great importance to the need for purposeful interpretations. In *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, Iacobucci J. gives a detailed explanation of the rules of statutory interpretation, showing that one must first consider the wording of the Act, then the legislative history, the scheme of the Act, and the legislative context. Consequently, I will examine the manner in which s. 25 addresses the tension between individual and group rights with reference to all of the above.

[83] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 82, this Court stated:

démontrer que la thèse selon laquelle l’art. 25 est une simple norme d’interprétation se heurte à une sérieuse difficulté, donne (aux p. 11-12) un exemple qui présente de grandes similitudes avec la présente affaire. Si une loi provinciale interdisait [TRADUCTION] « aux Indiens de chasser (ou de pêcher) autrement que pour leur consommation personnelle à moins d’avoir au préalable obtenu un permis » et qu’il n’existait à l’appui de cette exemption aucun droit ancestral ou issu d’un traité, un chasseur ou un pêcheur non indien pourrait faire valoir que la loi en question est contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Les Indiens auraient un droit de chasse ou de pêche pour leur consommation personnelle qui est refusé aux autres. Le droit conféré aux Indiens par le texte législatif serait un des « droits ou libertés [...] autres » dont il est question à l’art. 25. Le tribunal serait alors forcé de faire prévaloir soit le droit à l’égalité, soit le droit protégé par l’art. 25. Si l’art. 25 a pour véritable effet de protéger les droits et libertés des peuples autochtones contre une érosion découlant de la *Charte*, il faudrait résoudre le conflit en refusant d’appliquer l’art. 15 dans un tel cas.

[81] J’estime moi aussi que l’intention était manifestement de donner la primauté à l’art. 25. Comme nous le verrons, cette interprétation s’accorde avec la formulation et l’historique de la disposition. Elle s’accorde également avec les déclarations du sous-ministre de la Justice à l’époque, Roger Tassé, et avec celles de Mark MacGuigan, le ministre de la Justice au moment de la modification de 1983.

### 2.1.1 Méthode d’interprétation

[82] Notre Cour a accordé une grande importance à la nécessité d’interpréter les lois en fonction de leur objet. Dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, le juge Iacobucci explique dans le détail les règles d’interprétation des lois. Il indique qu’il faut tout d’abord examiner le libellé de la loi, puis son historique, le régime qu’elle établit, et enfin le contexte législatif. C’est donc en me référant à tous ces éléments que j’étudierai la façon dont la tension entre droits individuels et droits collectifs est résolue à l’art. 25.

[83] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 82, la Cour a écrit :

“Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples.” Clearly, this Court has held that a generous interpretation is mandated.

### 2.1.2 Textual and Structural Analysis

[84] First, let us consider the terms of s. 25:

**25.** The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

- (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
- (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

**25.** Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

[85] Here we have an Act that is clear in its French version and ambiguous in its English version. Other provisions of the *Charter* provide the statutory context for the interpretation of s. 25. Section 21 provides that nothing in ss. 16 to 20 “abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages”. Section 29 provides that nothing in the *Charter* “abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution

« Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l’art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l’art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. » De toute évidence, la Cour a jugé qu’une interprétation généreuse s’impose.

### 2.1.2 Analyse textuelle et structurelle

[84] Examinons tout d’abord le libellé de l’art. 25 :

**25.** Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

**25.** The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

- (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
- (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

[85] Voilà un texte qui est clair dans sa version française et ambigu dans sa version anglaise. D’autres dispositions de la *Charte* indiquent le contexte législatif de l’interprétation de l’art. 25. L’article 21 précise que les art. 16 à 20 « n’ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations ». Aux termes de l’art. 29, les dispositions de la *Charte* « ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis

of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools”.

[86] Most authors have considered the use of the word “construed” as significant in s. 25. In my opinion, the word “construe” is very broad. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines the term as meaning “[t]o analyse or trace the grammatical construction of a sentence; to take its words in such an order as to show the meaning of the sentence” (p. 796). The term accordingly permits the understanding that in constructing and interpreting the scope of *Charter* rights, courts must ensure that they do not abrogate or derogate from an aboriginal right or freedom. As noted above, Wildsmith described the two competing approaches to s. 25 as differing modes of interpretation. I view the expression “shall not be construed” as ambiguous in terms of the effect of the provision.

[87] This said, I view the French version of s. 25 as being considerably more certain. The expression “*ne porte pas atteinte aux*” loosely translates to “without prejudice to” (J. Picotte, *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique* (1991), vol. I A, at p. 228) or “will not prejudicially affect” (*Ontario English-French Legal Lexicon* (1987), entry 224). It is also important to note that the French version of s. 25 uses the same terms as ss. 21 and 29 of the *Charter* and that those sections have already been interpreted by this Court. In *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, “*ne porte pas atteinte aux*” in s. 29 was read by this Court, in *obiter dicta*, as constituting a bar to competing rights. The rule of internal consistency would require that the same words used in the same *Charter* (especially in the same section, dealing with general provisions) be interpreted in the same way, militating against finding that the French version does not provide for the most consistent answer to the quest for a common meaning. See *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217,

en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles ».

[86] La plupart des auteurs jugent importante la présence du mot « *construed* » dans le texte anglais de l’art. 25. À mon avis, le mot « *construe* » a un sens très large. Le dictionnaire *Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989) en donne la définition suivante : [TRADUCTION] « analyser ou trouver la construction grammaticale d’une phrase; indiquer par l’ordre des mots le sens de la phrase » (p. 796). La présence de ce terme autorise donc à considérer que, lorsqu’ils interprètent la portée de droits garantis par la *Charte*, les tribunaux doivent s’assurer que ces droits ne portent pas atteinte à un droit ou à une liberté des peuples autochtones. Comme je l’ai signalé, Wildsmith a décrit les deux approches qui s’affrontent à propos de l’art. 25 comme des modes d’interprétation opposés. J’estime que l’expression « *shall not be construed* » est ambiguë en ce qui a trait à l’effet de la disposition.

[87] Ceci étant dit, je suis d’avis que le texte français de l’art. 25 est beaucoup plus certain. L’expression « ne porte pas atteinte aux » pourrait être rendue approximativement par « *without prejudice to* » (J. Picotte, *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique* (1991), t. I A, p. 228) ou par « *will not prejudicially affect* » (*Lexique anglais-français du droit en Ontario* (1987), entrée 224). Il importe par ailleurs de souligner qu’on trouve dans le texte français de l’art. 25 les mêmes termes que dans les art. 21 et 29 de la *Charte*, qui ont déjà été interprétés par la Cour. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la Cour a estimé, dans des remarques incidentes, que les mots « ne porte pas atteinte aux » figurant à l’art. 29 faisaient obstacle à des droits inconciliables. La règle de la cohérence interne exigerait que les mêmes mots utilisés dans la même *Charte* (surtout dans la même section, formée de dispositions générales) soient interprétés de la même manière, ce qui s’opposerait à la conclusion suivant laquelle le texte français ne fournit pas la réponse la



2004 SCC 6; see also *Reference re Bill 30 and Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609.

[88] In any case, like Wildsmith, I do not believe that the difference in wording is decisive. First, s. 25 is very different from s. 27, which is the only general provision in the *Charter* that has been clearly identified as a simple interpretative clause. Second, it creates a priority, which is inconsistent with the idea of weighing one right against another. This Court has considered a similar provision in the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, s. 2, which reads: “Every law of Canada shall, . . . be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe . . . any of the rights or freedoms herein recognized . . .”. In *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, Ritchie J. said that a more realistic meaning had to be given to the operative words, meaning that if a law cannot be “sensibly construed and applied” (p. 294) without infringing the right, it must be declared inoperative. This was affirmed in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349. There is no substantial difference in the present case.

[89] It could be argued that to interpret s. 25 as a shield would not be in keeping with the flexible, non-hierarchical approach to *Charter* rights that this Court has espoused. It is certainly true that this Court has in the past acknowledged the difficulty in reconciling rights that often seem to be operating in opposition to each other, particularly in the context of equality claims. Nevertheless, where collective rights are clearly prioritized in terms of protection (as I believe is the case here), individual equality rights have typically given way. In *Reference re Bill 30*, Wilson J. stated at p. 1197, that although the special minority religion education rights conferred by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* “si[nt] uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*”, s. 15 can be used neither to nullify the specific rights of the protected group nor to extend those rights to other religious groups. It is also instructive to read the reasons of former Chief

plus cohérente pour la recherche d’une signification commune. Voir *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; voir aussi *Renvoi relatif au projet de loi 30 et Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

[88] Quoi qu’il en soit, j’estime, comme Wildsmith, que la différence dans le libellé n’est pas décisive. Premièrement, l’art. 25 est très différent de l’art. 27, la seule disposition générale de la *Charte* à porter clairement la marque d’une simple disposition interprétative. Deuxièmement, il établit une primauté, ce qui ne cadre pas avec l’idée d’une pondération des deux droits. Notre Cour a examiné une disposition analogue de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, art. 2, ainsi rédigée : « Toute loi du Canada [. . .] doit s’interpréter et s’appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l’un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes . . . ». Dans *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, le juge Ritchie a dit qu’il faut donner aux mots en cause un sens plus réaliste, c’est-à-dire que si une loi ne peut être « raisonnablement interprétée et appliquée » (p. 294) sans enfreindre le droit, elle doit être déclarée inopérante. Ce principe a été réaffirmé dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349. La présente affaire ne présente pas de différence fondamentale.

[89] On pourrait soutenir que voir dans l’art. 25 un bouclier ne serait pas conforme à l’approche, empreinte de souplesse et non hiérarchique, retenue par la Cour en matière de droits garantis par la *Charte*. Il est incontestable que la Cour a, dans le passé, fait état de la difficulté de concilier des droits qui souvent semblent s’opposer les uns aux autres dans leur exercice, en particulier dans le contexte d’actions fondées sur les droits à l’égalité. Néanmoins, lorsque la primauté est clairement donnée à des droits collectifs au chapitre de la protection (comme c’est le cas en l’espèce, selon moi), les droits à l’égalité individuels ont habituellement cédé le pas. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, la juge Wilson a dit, à la p. 1197, que même si les droits spéciaux des minorités religieuses en matière d’éducation conférés par l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* « s’accorde[nt] mal avec le concept de l’égalité enchâssé dans la *Charte* », on

Justice Dickson in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 369, where, speaking of the application of s. 15 in the context of minority language rights in education, he said: “[I]t would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to ‘every individual’”. In my opinion, and as argued by J. M. Arbour, s. 25 serves the purpose of protecting the rights of aboriginal peoples where the application of the *Charter* protections for individuals would diminish the distinctive, collective and cultural identity of an aboriginal group (“The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 60).

### 2.1.3 Legislative History

[90] The legislative history of s. 25 was set out by Wildsmith, at pp. 5-8. He noted that s. 25 of the *Charter* can be traced back to s. 26 of Bill C-60, presented to Parliament on June 20, 1978. The white paper accompanying the Bill stated that “[t]he renewal of the Federation must fully respect the legitimate rights of the native peoples” (*A Time for Action — Toward the Renewal of the Canadian Federation* (1978)). Section 26 was incorporated as s. 24 in the October 1980 Resolution which followed the First Ministers’ meeting of September 1980. Sanders described this section as being designed to protect aboriginal rights from the egalitarian provisions of the *Charter* (see D. Sanders, “Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada”, in S. M. Beck and I. Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda* (1983), vol. 1, 225, at p. 231).

[91] On January 30, 1981, an agreement was reached between representatives of aboriginal organizations and the three national political parties

ne peut recourir à l’art. 15 ni pour annuler les droits spécifiques du groupe protégé ni pour étendre ces droits à d’autres groupes religieux. Il est également instructif de lire les motifs de l’ancien juge en chef Dickson dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 369 qui, au sujet de l’application de l’art. 15 dans le contexte des droits des minorités linguistiques en matière d’éducation, écrivait : « [I] serait déplacé d’invoquer un principe d’égalité destiné à s’appliquer universellement à “tous” pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé ». À mon avis, et comme le soutient J. M. Arbour, l’art. 25 a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l’application des protections établies dans la *Charte* à l’endroit des individus diminuerait l’identité distinctive, collective et culturelle d’un groupe autochtone (« The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 60).

### 2.1.3 Historique législatif

[90] L’historique législatif de l’art. 25 a été décrit par Wildsmith, aux p. 5-8. Il a souligné qu’on pouvait faire remonter l’origine de l’art. 25 de la *Charte* à l’art. 26 du projet de loi C-60 présenté au Parlement le 20 juin 1978. Il était précisé dans le livre blanc qui accompagnait le projet de loi que « le renouvellement de la fédération doit conduire au plein respect des droits légitimes des autochtones » (*Le temps d’agir — Jalons du renouvellement de la fédération canadienne* (1978)). L’article 26 est devenu l’art. 24 dans la résolution d’octobre 1980 qui a suivi la rencontre des Premiers ministres de septembre 1980. Selon Sanders, cet article visait à protéger les droits des peuples autochtones contre les dispositions égalitaristes de la *Charte* (voir D. Sanders, « Prior Claims : Aboriginal People in the Constitution of Canada », dans S. M. Beck et I. Bernier, dir., *Canada and the New Constitution : The Unfinished Agenda* (1983), vol. 1, 225, p. 231).

[91] Le 30 janvier 1981, les représentants des organisations autochtones et des trois partis politiques nationaux sont parvenus à une entente au sujet

on new provisions concerning native peoples. These provisions were introduced that day to the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. A new s. 34 provided that “[t]he aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.” Section 24 was also altered by divorcing the native rights issue from the general saving provision created by a new s. 25.

[92] These changes were then incorporated into the Consolidated Resolution of April 24, 1981. Support for the resolution weakened and there were new negotiations between aboriginal representatives and government officials which led to the introduction of a modified s. 25 on November 18, 1981. This section makes no reference to treaty rights or “other rights or freedoms”. Negotiations with the premiers resulted in an amendment reflected in the final resolution of December 8, 1981. The text of that resolution was amended again by the adoption of the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, R.S.C. 1985, App. II, No. 46. This modification added s. 35(3) which states: “For greater certainty, in subsection (1) ‘treaty rights’ includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”

[93] The Minister of Justice at the time, the Honourable Jean Chrétien, declared before the Special Joint Committee: “We say that there is nothing in this Charter that will infringe upon the rights of the Natives. . . . [T]he rights of all the native Canadians, either flowing from Treaties or the Royal Proclamation, are assured to remain as they are, and not being changed by the adoption of this Charter of Rights, its clause 24” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 3, November 12, 1980, at pp. 68 and 84). It was made abundantly clear that s. 25 creates no new rights. It was meant as a shield against the intrusion of the *Charter* upon native rights or

des dispositions concernant les peuples autochtones. Ces dispositions ont été présentées le même jour au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. Un nouvel art. 34 était ainsi libellé : « La présente loi confirme les droits, ancestraux ou issus des traités, des peuples autochtones du Canada. » On avait également modifié l’art. 24 en dissociant la question des droits des peuples autochtones de la disposition générale de sauvegarde créée par un nouvel art. 25.

[92] Ces changements ont ensuite été incorporés au projet de résolution du 24 avril 1981. L’appui à la résolution ayant faibli, de nouvelles négociations entre les représentants des peuples autochtones et des responsables du gouvernement ont abouti à la présentation, le 18 novembre 1981, d’un art. 25 modifié. Cette disposition ne fait pas mention de droits issus de traités ni d’« autres » droits ou libertés. Les négociations avec les premiers ministres provinciaux ont abouti à une modification qui se retrouve dans la résolution finale du 8 décembre 1981. Le texte de cette résolution a de nouveau été modifié par l’adoption de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, L.R.C. 1985, app. II, n° 46. Cette modification a ajouté le par. (3) qui prévoit ce qui suit : « Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis. »

[93] Le ministre de la Justice de l’époque, l’honorable Jean Chrétien, a déclaré ceci devant le Comité mixte spécial : « Rien dans la charte ne portera atteinte aux droits des Indiens. [ . . . ] [L]es droits de tous les autochtones du Canada, découlant soit des traités soit de la proclamation royale, seront maintenus et ne seront pas modifiés par l’adoption de la charte des droits et de l’article 24 » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 3, 12 novembre 1980, p. 68 et 84). Il a été indiqué d’une façon on ne peut plus claire que l’art. 25 ne crée pas de nouveaux droits. Il devait servir de bouclier contre les incidences de la *Charte* sur les droits et les libertés des peuples autochtones. On trouvera un exposé

freedoms. A more comprehensive account of the historical foundation of s. 25 is found in Arbour, at pp. 30-37.

#### 2.1.4 Academic and Judicial Commentary

[94] Practically all authors agree with the fact that s. 25 operates as a shield: see Wildsmith, at p. 23; B. Slattery, “The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights” (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232, at p. 239; N. K. Zlotkin, *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference* (1983), at p. 46; K. McNeil, “The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1982), 4 *S.C.L.R.* 255, at p. 262; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 1, at pp. 28-56 and 28-57; D. Sanders, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314, at p. 321; P. Cumming, “Canada’s North and Native Rights”, in B. W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1985), 695, at p. 732; N. Lyon, “Constitutional Issues in Native Law”, in Morse, 408, at p. 423; K. M. Lysyk, “The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada”, in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 467, at pp. 471-72; *contra*: R. H. Bartlett, “Survey of Canadian Law: Indian and Native Law” (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 431; B. Schwartz, *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984* (1985).

[95] Also agreeing are K. Wilkins, “. . . But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government” (1999), 49 *U.T.L.J.* 53; T. Isaac, “*Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People*” (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431; A. Goldenberg, “‘Salmon for Peanut Butter’: Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights” (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61, at p. 90; C. Hutchinson, “Case Comment on *R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the Charter*” (2007), 52 *McGill L.J.*

plus complet du fondement historique de l’art. 25 dans l’article de Arbour, aux p. 30-37.

#### 2.1.4 Doctrine et jurisprudence

[94] Pratiquement tous les auteurs sont d’accord pour dire que l’art. 25 joue le rôle d’un bouclier : voir Wildsmith, p. 23; B. Slattery, « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232, p. 239; N. K. Zlotkin, *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference* (1983), p. 46; K. McNeil, « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1982), 4 *S.C.L.R.* 255, p. 262; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 1, p. 28-56 et 28-57; D. Sanders, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1983), 61 *R. du B. can.* 314, p. 321; P. Cumming, « Canada’s North and Native Rights », dans B. W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis, and Inuit Rights in Canada* (1985), 695, p. 732; N. Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Morse, 408, p. 423; K. M. Lysyk, « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada », dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 591, p. 595-597; *contra* : R. H. Bartlett, « Survey of Canadian Law: Indian and Native Law » (1983), 15 *R.D. Ottawa* 431, et B. Schwartz, *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984* (1985).

[95] Les auteurs suivants partagent aussi cet avis : K. Wilkins, « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999), 49 *U.T.L.J.* 53; T. Isaac, « *Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People* » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431; A. Goldenberg, « “Salmon for Peanut Butter” : Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61, p. 90; C. Hutchinson, « Case Comment on *R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section*

173, at p. 189. P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (2001), and T. Dickson, “Section 25 and Intercultural Judgment” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141, develop a unique approach based on the distinction between individual and collective rights. It might be noted that none of these authors have applied the rule of interpretation applicable to bilingual legislation.

[96] There is little case law on the issue, but the recent trend has been to see the protective feature in s. 25 as a “shield”, as opposed to an “interpretative prism”; *R. v. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187 (Alta. Q.B.), *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.S.C.), and *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (F.C.A.), held that s. 25 provides a shield. *R. v. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (N.B.Q.B.), is to the same effect but restricts the application of s. 25 to s. 15 rights. In *Campbell*, Williamson J. summarized the case law at that point as showing that “the section is meant to be a ‘shield’ which protects Aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by provisions of the *Charter*”: para. 156. He further suggested that a purposive approach to s. 25 should be taken and that “the purpose of this section is to shield the distinctive position of Aboriginal peoples in Canada from being eroded or undermined by provisions of the *Charter*” (para. 158).

### 2.1.5 Limitations on the Shield

[97] Is this shield absolute? Obviously not. First, it is restricted by s. 28 of the *Charter* which provides for gender equality “[n]otwithstanding anything in this Charter”. Second, it is restricted to its object, placing *Charter* rights and freedoms in juxtaposition to aboriginal rights and freedoms. *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 46, provides guidance in that respect. This means in essence that only laws that actually impair native

25 of the *Charter* » (2007), 52 *R.D. McGill* 173, p. 189. P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (2001), et T. Dickson, « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141, ont élaboré une approche qui leur est propre, fondée sur la distinction entre droits individuels et droits collectifs. Il convient de signaler qu’aucun de ces auteurs n’a appliqué la règle d’interprétation applicable aux textes législatifs bilingues.

[96] La jurisprudence sur la question est rare, mais la tendance récente consiste à voir dans la protection instaurée par l’art. 25 un « bouclier » plutôt qu’un « prisme interprétatif ». D’après *R. c. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187 (B.R. Alb.), *Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1 (C.S.C.-B.), et *Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (C.A.F.), l’art. 25 offre un bouclier. *R. c. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (B.R.N.-B.), va dans le même sens, sauf qu’on y restreint l’application de l’art. 25 aux droits visés à l’art. 15. Dans *Campbell*, le juge Williamson a résumé la jurisprudence en indiquant qu’elle montre que [TRADUCTION] « l’article se veut un “bouclier” empêchant les dispositions de la *Charte* de restreindre les droits ancestraux, issus de traités ou autres » : par. 156. Il a en outre indiqué qu’il faut adopter à l’égard de l’art. 25 une approche fondée sur son objet et que [TRADUCTION] « l’article a pour objet d’empêcher que les dispositions de la *Charte* n’érodent ou ne sapent la situation distinctive des peuples autochtones au Canada » (par. 158).

### 2.1.5 Limites du bouclier

[97] Le bouclier est-il absolu? Bien sûr que non. Premièrement, il est restreint par l’art. 28 de la *Charte*, qui établit l’égalité des sexes « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte ». Deuxièmement, il est limité à son objet, les droits et libertés garantis par la *Charte* étant juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones. L’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, donne au par. 46 des précisions utiles à cet égard.

rights will be considered, not those that simply have incidental effects on natives.

[98] There is some uncertainty concerning what rights and freedoms are contemplated in s. 25. Most concerns have been with self-government issues. Are all of the laws adopted by bands under the authority of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, protected? Wildsmith suggests that this is possibly the case because their source is in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which is clearly associated with the concept of Indianness (p. 33). He nevertheless says that the power in question would not be unrestrained because the courts would read in the need for “reasonableness” as they did for the exercise of municipal powers, and because the *Canadian Bill of Rights* would continue to apply. (The courts would of course have to deal with the *Lavell* precedent to make this avenue useful.) Wildsmith, at pp. 25-26 suggests that the court may want to apply a proportionality test similar to that in *Oakes* in order to determine whether an Act would truly abrogate an aboriginal right or freedom (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). He argues at p. 37 that *Charter* rights would still be available to Indians who would want to attack federal legislation giving preferential treatment to other Indians.

[99] There is no reason to believe that s. 25 has taken Aboriginals out of the *Charter* protection scheme. One aboriginal group can ask to be given the same benefit as another aboriginal group under s. 15(1). Sections 2 and 3 of the *Charter* apply to Aboriginals. Macklem, at pp. 225-27, suggests that the courts should distinguish between external and internal restrictions on aboriginal laws that clash with the *Charter* and that in the case of internal restrictions, aboriginal communities should be required to satisfy the *Oakes* test to resist a challenge. It could also be argued that it would be contrary to the purpose of s. 25 to prevent an Aboriginal

Cela signifie, pour l'essentiel, que seules les lois qui portent véritablement atteinte à des droits des peuples autochtones seront prises en considération, et non celles qui ont uniquement des effets accessoires sur les Autochtones.

[98] Il existe quelque incertitude au sujet des droits et libertés que vise l'art. 25. La plupart des difficultés soulevées ont trait à l'autonomie gouvernementale. Les règlements administratifs pris par des bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, sont-ils tous protégés? Wildsmith estime que ce pourrait être le cas parce que ces règlements tirent leur origine du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, manifestement associé au concept d'indianité (p. 33). Il affirme cependant que le pouvoir en question ne serait pas illimité parce que les tribunaux y intégreraient la nécessité du « caractère raisonnable », comme ils l'ont fait dans le cas de l'exercice de pouvoirs municipaux, et parce que la *Déclaration canadienne des droits* continuerait de s'appliquer. (Les tribunaux devraient bien entendu tenir compte de l'arrêt *Lavell* pour que cette voie puisse s'avérer utile.) Wildsmith signale, aux p. 25-26, que le tribunal pourrait vouloir recourir à un critère de proportionnalité semblable à celui utilisé dans *Oakes* pour déterminer si une loi porterait véritablement atteinte à un droit ou une liberté des peuples autochtones (*R. c. Oakes*, [1986], 1 R.C.S. 103). Il soutient (à la p. 37) que des Autochtones qui souhaiteraient attaquer une loi fédérale accordant un traitement préférentiel à d'autres Autochtones pourraient encore se prévaloir des droits garantis par la *Charte*.

[99] Il n'existe aucune raison de croire que l'art. 25 ait exclu les Autochtones du régime de protection de la *Charte*. Un groupe autochtone peut demander, en vertu du par. 15(1), qu'on lui accorde le même bénéfice que reçoit un autre groupe autochtone. Les articles 2 et 3 de la *Charte* s'appliquent aux Autochtones. Macklem, aux p. 225-227, exprime l'avis que les tribunaux devraient faire la distinction entre les restrictions externes et les restrictions internes relatives aux règlements administratifs autochtones qui entrent en conflit avec la *Charte*, et que dans le cas des restrictions internes, il y a lieu d'exiger des collectivités autochtones qu'elles

from invoking those sections to attack an Act passed by a band council. It is not at all obvious in my view that it is necessary to constrain the individual rights of Aboriginals in order to recognize collective rights under s. 25; as A. Shachar notes, individuals can have multiple identities (“The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State”, in C. Joppke and S. Lukes, eds., *Multicultural Questions* (1999), 87; see also W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 35). Aboriginals are Canadian. The framework of reconciliation is consistent with the need for flexibility in the application of s. 25. This is in line with the approach taken by Binnie J. in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 164.

[100] Some would like the Court to ignore s. 25 because of the uncertainty in its application, particularly with regard to legislative powers contemplated by the *Indian Act*. I think it is unreasonable to suggest that a law should not be applied by this Court because it is too difficult. After all, s. 25 is the only provision in the *Charter* which makes express reference to aboriginal people, and the *Charter* is now 25 years old. I also think the concerns are overstated. Even under the present justification in a s. 1 analysis, there is much room for government to establish that *Charter* values should not be overstated when dealing with the requirements of substantive equality of native peoples. Legislative powers of bands under s. 81 of the *Indian Act* are subject to disallowance; those that fall under ss. 83 and 85.1 can be addressed by amendments to the *Indian Act* if a serious problem of consistency with *Charter* values occurs. Section 25 rights are not constitutionalized and can be taken away. Parliament can also make a right subject to the same protections as those afforded in the *Charter* by its particular terms. Wildsmith mentions that s. 25 may not even apply to band councils because they may not fall under the definition of s. 32(1)(a)

satisfassent au critère de l'arrêt *Oakes* pour résister à une contestation. On pourrait aussi soutenir qu'il serait contraire à l'objectif de l'art. 25 d'empêcher un Autochtone d'invoquer ces dispositions pour attaquer un règlement administratif pris par un conseil de Bande. Il ne me semble pas du tout évident qu'il est nécessaire de limiter les droits individuels des Autochtones pour reconnaître les droits collectifs dont il est question à l'art. 25; comme le fait remarquer A. Shachar, les personnes peuvent avoir des identités multiples (« The Paradox of Multicultural Vulnerability : Individual Rights, Identity Groups, and the State », dans C. Joppke et S. Lukes, dir., *Multicultural Questions* (1999), 87; voir aussi W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 35). Les Autochtones sont des Canadiens. Le cadre de réconciliation est compatible avec la nécessité de faire preuve de souplesse dans l'application de l'art. 25. Ce point de vue s'accorde avec l'approche adoptée par le juge Binnie dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 164.

[100] Certains souhaiteraient voir la Cour ne faire aucun cas de l'art. 25 à cause de l'incertitude quant à son application, en particulier en ce qui a trait aux pouvoirs législatifs envisagés par la *Loi sur les Indiens*. Il n'est pas raisonnable, à mon sens, de prétendre que cette Cour ne devrait pas appliquer une disposition législative parce qu'elle présente des difficultés insurmontables. Après tout, l'art. 25 est la seule disposition de la *Charte* qui fait expressément mention des peuples autochtones, et la *Charte* a maintenant 25 ans. Je pense également que les craintes exprimées sont exagérées. Même avec la justification actuelle dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a beaucoup de latitude pour établir qu'il ne faut pas donner une importance exagérée aux valeurs consacrées par la *Charte* lorsqu'il s'agit des exigences de l'égalité fondamentale des peuples autochtones. Les pouvoirs législatifs conférés aux bandes sous le régime de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens* sont susceptibles d'être annulés; ceux que visent les art. 83 et 85.1 peuvent faire l'objet de modifications à la *Loi sur les Indiens* si un problème sérieux de compatibilité avec des valeurs protégées par la *Charte* se pose. Les droits visés à l'art. 25 ne sont pas inscrits dans

of the *Charter* (p. 39), an argument that might find support in the fact that the *Charlottetown Accord* contained a provision that would have provided for the application of s. 25 to aboriginal governments. All this to say we need not resolve every imaginable case in this single decision.

## 2.2 *Scope of Section 25 Protection*

[101] In this case, what is significant about the scope of s. 25 protection is the meaning of the words “other rights or freedoms”. These words are “all-embracive”, as mentioned by Lysyk, at p. 472; this indicates that the protection was meant to be very broad. But the rights and freedoms are only those that “pertain to the aboriginal peoples of Canada”, those that are particular to them. In French, the Act speaks of “*droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada*”.

[102] The *ejusdem generis* rule indicates that, in an enumeration, the general word must be constrained to persons or things of the same class as those specifically mentioned. In s. 25, the general term “other rights or freedoms” follows the enumerated terms “aboriginal” and “treaty” rights. McLachlin C.J. and Abella J. argue that the rule should apply to limit the rights or freedoms protected to those of a constitutional character. I believe that a broader approach is merited, one more consistent with the interpretative principles outlined above.

[103] I believe that the reference to “aboriginal and treaty rights” suggests that the focus of the provision is the uniqueness of those persons or communities mentioned in the Constitution; the rights protected are those that are unique to them because

la Constitution et peuvent être abolis. Le Parlement peut également assujettir un droit aux mêmes mesures de protection que celles que prévoit la *Charte* par ses dispositions particulières. Wildsmith mentionne que l’art. 25 ne s’applique peut-être même pas aux conseils de bande parce qu’ils pourraient ne pas être visés par la définition énoncée à l’al. 32(1)a de la *Charte* (p. 39) — un argument à l’appui duquel il serait peut-être possible de rappeler que l’*Accord de Charlottetown* renfermait une clause qui aurait rendu l’art. 25 applicable aux gouvernements autochtones. Tout cela pour dire qu’il ne nous est pas nécessaire de régler chaque cas imaginable dans cette seule décision.

## 2.2 *Étendue de la protection établie par l’art. 25*

[101] En l’espèce, ce qui importe au sujet de l’étendue de la protection établie par l’art. 25, c’est la signification des mots « droits ou libertés [. . .] autres ». Ces mots ont une portée « globale », selon Lysyk à la p. 596 — ce qui indique qu’on voulait donner une étendue très large à la protection. Mais il est uniquement question des « droits ou libertés [. . .] des peuples autochtones du Canada », de ceux qui leur sont propres. En anglais, le texte parle de « *rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada* ».

[102] La règle *ejusdem generis* veut que, dans une énumération, la portée du terme général soit limitée aux personnes ou aux choses de la même catégorie que celles qui sont expressément mentionnées. À l’article 25, le terme général « ou autres » suit l’énumération des droits ou libertés « ancestraux » et « issus de traités ». La juge en chef McLachlin et la juge Abella soutiennent qu’il faut appliquer la règle de façon à limiter les droits ou libertés protégés à ceux qui sont de nature constitutionnelle. Je crois pour ma part qu’il faut retenir une approche plus large qui s’accorde davantage avec les principes d’interprétation décrits ci-dessus.

[103] Je crois que la mention des « droits ou libertés ancestraux et issus de traités » indique que la disposition est axée sur le caractère tout à fait particulier des personnes ou des collectivités mentionnées dans la Constitution; les droits protégés sont ceux



of their special status. As argued by Macklem, s. 25 “protects federal, provincial and Aboriginal initiatives that seek to further interests associated with indigenous difference from Charter scrutiny”: see p. 225. Accordingly, legislation that distinguishes between aboriginal and non-aboriginal people in order to protect interests associated with aboriginal culture, territory, sovereignty or the treaty process deserves to be shielded from *Charter* scrutiny.

[104] In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 52, L’Heureux-Dubé J. suggested in *obiter* that the scope of s. 25 was likely greater than that of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and may include statutory provisions. She did qualify this statement by noting that the fact that a statute relates to aboriginal people would not, without more, suffice to bring it within the scope of s. 25. In my opinion, the limitations proposed above are consistent with this statement.

[105] Laws adopted under the s. 91(24) power would normally fall into this category, the power being in relation to the aboriginal peoples as such, but not laws that fall under s. 88 of the *Indian Act*, because they are by definition laws of general application. “[O]ther rights or freedoms” comprise statutory rights which seek to protect interests associated with aboriginal culture, territory, self-government, as mentioned above, and settlement agreements that are a replacement for treaty and aboriginal rights. But private rights of individual Indians held in a private capacity as ordinary Canadian citizens would not be protected.

[106] The inclusion of statutory rights and settlement agreements pertaining to the treaty process and pertaining to indigenous difference is consistent with the jurisprudence of this Court. As observed by Kirkpatrick J.A., this Court’s decisions

qui leur sont propres en raison de leur statut spécial. Comme le soutient Macklem, l’art. 25 [TRADUCTION] « soustrait à l’examen fondé sur la Charte les initiatives fédérales, provinciales et autochtones qui visent à faire avancer des intérêts ressortissant à la différence autochtone » : voir p. 225. Dans cette perspective, un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d’être soustrait à l’examen fondé sur la *Charte*.

[104] Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 52, la juge L’Heureux-Dubé a laissé entendre, en remarque incidente, que la portée de l’art. 25 était sans doute plus grande que celle de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu’elle pouvait s’étendre à des dispositions législatives. Elle a atténué son propos en ajoutant que le fait qu’une loi concerne les Autochtones ne suffirait pas à lui seul à rendre l’art. 25 applicable. À mon avis, les limitations proposées ci-dessus sont conformes à cet énoncé.

[105] Les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, puisqu’il s’agit par définition de lois d’application générale. Sont compris dans les droits et libertés « autres » les droits d’origine législative qui visent à protéger des intérêts liés à la culture, au territoire et à l’autonomie gouvernementale des Autochtones, comme je l’ai déjà signalé, ainsi que les accords de règlement qui remplacent des droits ancestraux ou issus de traités. Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés.

[106] L’inclusion des droits d’origine législative et des accords de règlement ayant trait au processus des traités et à la différence autochtone s’accorde avec la jurisprudence de cette Cour. Comme l’a signalé la juge Kirkpatrick de la Cour d’appel,

in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74, make it clear that the Crown's duty to consult with and accommodate aboriginal peoples arises prior to the establishment of an aboriginal or treaty right. These were, of course, the two enumerated terms discussed above in the context of the *ejusdem generis* rule. Moreover, this Court in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186, held that in order to preserve the honour of the Crown, the Crown must be allowed to negotiate in good faith with aboriginal peoples. Finally, in *Sparrow*, this Court urged the Crown to negotiate first prior to litigation. Section 25 reflects this imperative need to accommodate, recognize and reconcile aboriginal interests.

il ressort clairement des arrêts rendus par notre Cour dans les affaires *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74, que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations précède l'établissement d'un droit ancestral ou issu de traités. Il s'agit bien sûr des deux termes énumérés dont il est question précédemment à propos de la règle *ejusdem generis*. En outre, la Cour a conclu dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186, que la préservation de l'honneur de la Couronne suppose la possibilité pour cette dernière de négocier de bonne foi avec les peuples autochtones. Enfin, dans *Sparrow*, cette Cour a exhorté la Couronne à négocier avant de recourir aux tribunaux. L'article 25 traduit cette nécessité impérative de trouver des accommodements aux intérêts des peuples autochtones, de les reconnaître et de les concilier.

[107] William Pentney raises the concern that if the phrase “other rights or freedoms” is construed broadly to include legislated or common law rights, this will result in the “undesirable and anomalous result” that the scope of a *Charter*-protected provision can be modified by ordinary legislation: “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25*” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21, at p. 57. Another concern often raised is that allowing statutory rights to be protected by s. 25 would elevate them to constitutional rights: see, e.g., Hutchinson, at p. 186. Similar concerns have been raised with respect to s. 16(3) of the *Charter*, the principle of advancement for language rights. In *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505, at para. 92, the Ontario Court of Appeal addressed these concerns as follows:

[107] William Pentney dit craindre que si l'on interprète largement l'expression « droits ou libertés [. . .] autres » pour inclure les droits créés par le législateur ou la common law, on arrivera au [TRADUCTION] « résultat insolite et non souhaitable » que les lois ordinaires pourraient modifier la portée d'une disposition protégée par la *Charte* : « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21, p. 57. Plusieurs craignent aussi qu'en accordant à des droits créés par la loi la protection de l'art. 25, on se trouve à les élever au rang de droits constitutionnels : voir p. ex. Hutchinson, p. 186. Des craintes similaires ont été exprimées au sujet du par. 16(3) de la *Charte*, qui consacre le pouvoir de favoriser l'exercice des droits linguistiques. Dans *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577, par. 92, la Cour d'appel de l'Ontario a fait à ce sujet les observations suivantes :

We are not persuaded that s. 16(3) includes a “ratchet” principle that clothes measures taken to advance

Nous ne sommes pas convaincus que le par. 16(3) comprend un principe d'« encliquetage », qui conférerait

linguistic equality with constitutional protection. Section 16(3) builds on the principle established in *Jones v. New Brunswick (Attorney General)* (1974), [1975] 2 S.C.R. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 that the Constitution's language guarantees are a "floor" and not a "ceiling" and reflects an aspirational element of advancement toward substantive equality. The aspirational element of s. 16(3) is not without significance when it comes to interpreting legislation. However, it seems to us undeniable that the effect of this provision is to *protect*, not *constitutionalize*, measures to advance linguistic equality. The operative legal effect of s. 16(3) is determined and limited by its opening words: "Nothing in this *Charter* limits the authority of Parliament or a legislature." Section 16(3) is not a rights-conferring provision. It is, rather, a provision designed to shield from attack government action that would otherwise contravene s. 15 or exceed legislative authority. [Emphasis in original.]

In my view, the same principles apply to legislative measures protected by s. 25.

### 2.3 Approach to Section 25

[108] One important issue is to determine when s. 25 is triggered. Kirkpatrick J.A. held that it was before any consideration of the *Charter* right; Brenner C.J.S.C., the summary conviction appeal judge in this case, agreed by adopting the approach taken in the *Campbell* case. This seems to correspond to what was said by L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere*, at para. 52. In *Campbell*, it was also held that s. 25 is a threshold issue. I agree. This does not mean that there is no need to properly define the *Charter* claim; it simply means that there is no need to go through a full s. 15 analysis, for instance in this case, before considering whether s. 25 applies. What has to be determined is whether there is a real conflict.

[109] I do not think it is reasonable to invoke s. 25 once a *Charter* violation is established. One reason for this position is that there would be no rationale for invoking s. 25 in the case of a finding of discrimination that could not be justified under s. 1,

une protection constitutionnelle aux mesures prises pour faire progresser l'égalité linguistique. Le paragraphe 16(3) repose sur le principe établi dans *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* (1974), [1975] 2 R.C.S. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 selon lequel la Constitution garantit un « plancher » et non un « plafond »; il traduit l'aspiration d'une recherche de l'égalité concrète. Cette aspiration exprimée par le par. 16(3) revêt de l'importance pour interpréter la loi. Il nous semble cependant indéniable que l'effet de cette disposition est de *protéger*, et non pas de *constitutionnaliser*, les mesures prises pour faire avancer l'égalité linguistique. La portée juridique effective du par. 16(3) en est déterminée et limitée par les premiers mots : « La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures ». Le paragraphe 16(3) n'est pas attributif de droit. Il s'agit plutôt d'une disposition destinée à prévenir toute contestation d'une action gouvernementale qui sinon contreviendrait à l'art. 15 ou outrepasserait les pouvoirs législatifs d'un palier de gouvernement. [En italique dans l'original.]

À mon avis, les mêmes principes s'appliquent aux mesures législatives que protège l'art. 25.

### 2.3 Mode d'analyse de l'art. 25

[108] Une question importante consiste à déterminer à quel moment l'art. 25 entre en jeu. La juge Kirkpatrick de la Cour d'appel a conclu que c'était avant toute prise en considération du droit garanti par la *Charte*; le juge en chef Brenner, juge d'appel des poursuites sommaires en l'espèce, a souscrit à ce point de vue en adoptant l'approche retenue dans la décision *Campbell*. Cela semble concorder avec ce qu'a dit la juge L'Heureux-Dubé dans *Corbiere*, par. 52. Dans *Campbell*, il a également été décidé que la question de l'art. 25 a un caractère préliminaire. C'est aussi mon avis. Cela ne signifie pas qu'il n'est pas nécessaire de définir correctement la revendication fondée sur la *Charte*, mais simplement qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète au regard de l'art. 15, comme dans la présente affaire par exemple, avant de se demander si l'art. 25 s'applique. Ce qu'il faut déterminer, c'est s'il existe un conflit véritable.

[109] Je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'invoquer l'art. 25 une fois qu'une violation de la *Charte* est établie. Il en est ainsi notamment parce qu'il n'existerait pas de raison d'invoquer l'art. 25 dans le cas où l'on conclut à une discrimination non

simply because, in the context of s. 15, as in this case for instance, considerations that serve to justify that an Act is not discriminatory would have to be relitigated under the terms of s. 25. Another reason is that a true interpretative section would serve to define the substantive guarantee. Section 25 is meant to preserve some distinctions, which are inconsistent with weighing equality rights and native rights. What is called for, in essence, is a contextualized interpretation that takes into account the cultural needs and aspirations of natives. Dan Russell (*A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada* (2000), at p. 100) gives an example of this based on s. 3 of the *Charter*: he says that the right to vote should be reinterpreted in the context of band elections to reflect the particularities of the clan system. This, I believe, is tantamount to saying natives do not have the same rights as other Canadians, rather than saying they are protected like all other Canadians from interference with their individual rights as guaranteed by the *Charter*. W. F. Pentney (*The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (1987)), takes the same approach by suggesting that the *Charter* be interpreted through a native prism. I do not believe there are distinct *Charter* rights for aboriginal individuals and non-aboriginal individuals, or that it is feasible to take into account the specific cultural experience of Aboriginals in defining rights guaranteed by the *Charter*. The rights are the same for everyone; their application is a matter of justification according to context.

[110] I also think it is contrary to the scheme of the *Charter* to invoke s. 25 as a factor in applying s. 1. Section 1 does not apply to s. 25 as such because s. 25 does not create rights; to incorporate s. 25 is inconceivable in that context. Section 1 already takes into account the aboriginal perspective in the right case. Section 25 is protective and its function must be preserved. Section 25 was not meant to provide for balancing *Charter* rights against aboriginal rights. There should be no reading down of s. 25

susceptible d'être justifiée en vertu de l'article premier, simplement parce que, dans le contexte de l'art. 15, comme dans la présente affaire par exemple, les considérations servant à démontrer qu'une loi n'est pas discriminatoire devraient faire l'objet d'un nouvel examen judiciaire dans le cadre de l'art. 25. Une autre raison tient au fait qu'une véritable disposition interprétative servirait à définir la garantie fondamentale. L'article 25 vise à préserver certaines distinctions incompatibles avec une pondération des droits à l'égalité et des droits des peuples autochtones. Ce qui est demandé, essentiellement, c'est une interprétation contextualisée prenant en compte les aspirations et les besoins culturels des Autochtones. Dan Russell (*A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada* (2000), p. 100) en donne un exemple fondé sur l'art. 3 de la *Charte* : il dit que le droit de vote devrait être réinterprété dans le contexte des élections au sein des bandes afin que soient prises en compte les particularités du système de clan. Cela revient, je pense, à dire que les Autochtones n'ont pas les mêmes droits que les autres Canadiens, plutôt qu'à dire qu'ils sont protégés comme tous les autres Canadiens contre les atteintes à leurs droits individuels garantis par la *Charte*. W. F. Pentney (*The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (1987)) emprunte la même approche en suggérant d'interpréter la *Charte* à travers un prisme autochtone. Je ne crois pas qu'il existe des droits distincts garantis par la *Charte* pour les Autochtones et les non-Autochtones pris individuellement, ni qu'il soit possible de prendre en considération l'expérience culturelle spécifique des Autochtones pour définir des droits garantis par la *Charte*. Les droits sont les mêmes pour tous; leur application est une question de justification en fonction du contexte.

[110] Je pense aussi qu'il est contraire à l'économie de la *Charte* de faire entrer l'art. 25 en ligne de compte dans l'application de l'article premier. L'article premier ne s'applique pas à l'art. 25 en tant que tel parce que l'art. 25 ne crée pas de droits; l'incorporation de l'art. 25 est inconcevable dans ce contexte. L'article premier prend déjà en considération la perspective autochtone lorsqu'il y a lieu. L'article 25 a une fonction de protection, et cette fonction doit être préservée. L'article 25 n'a pas été

while our jurisprudence establishes that aboriginal rights must be given a broad and generous application, and that where there is uncertainty, every effort should be made to give priority to the aboriginal perspective. It seems to me that the only reason for wanting to consider s. 25 within the framework of s. 15(1) is the fear mentioned earlier that individual rights will possibly be compromised. Another fear that is revealed by some pleadings in this case is that rights falling under s. 25 will be constitutionalized; this fear is totally unfounded. Section 25 does not create or constitutionalize rights.

#### 2.4 *Application in This Case*

[111] There are three steps in the application of s. 25. The first step requires an evaluation of the claim in order to establish the nature of the substantive *Charter* right and whether the claim is made out, *prima facie*. The second step requires an evaluation of the native right to establish whether it falls under s. 25. The third step requires a determination of the existence of a true conflict between the *Charter* right and the native right.

##### 2.4.1 The Nature of the Claim

[112] The appellants claim that aboriginal fishers have been given the right to fish in exclusivity, for one day, prior to the opening of the general commercial fishery in which they participate, and that this right gives rise to a benefit that is denied to non-Aboriginals on the basis of race. They argue that the fact that communal licences are given to a number of bands which then authorize specific fishers to fish is irrelevant, membership in bands not being a valid proxy that is functionally relevant to the regulation of the public fishery.

[113] The respondent has presented a number of arguments opposing the claim. He says in particular

conçu pour établir un équilibre entre les droits garantis par la *Charte* et les droits des peuples autochtones. Il ne faudrait pas atténuer la portée de l'art. 25 alors qu'il ressort de notre jurisprudence que les droits des peuples autochtones doivent faire l'objet d'une application large et généreuse, et que lorsqu'il y a incertitude, il faut faire tout ce qui est possible pour donner priorité à la perspective autochtone. Il me semble que la seule raison pour laquelle on voudrait aborder l'art. 25 dans le cadre du par. 15(1), c'est la crainte déjà mentionnée que des droits individuels risquent d'être compromis. Une autre crainte ressortant de certaines plaidoiries dans la présente affaire est celle de voir constitutionnalisés des droits relevant de l'art. 25; cette crainte est sans aucun fondement. L'article 25 ne crée ni ne constitutionnalise aucun droit.

#### 2.4 *Application à la présente affaire*

[111] L'application de l'art. 25 comporte trois étapes. La première exige une évaluation de la revendication afin d'établir la nature du droit fondamental garanti par la *Charte* et de déterminer si le bien-fondé de la revendication a été établi à première vue. La deuxième étape consiste à évaluer le droit autochtone afin de déterminer s'il relève de l'art. 25. La troisième étape consiste à déterminer s'il existe un conflit véritable entre le droit garanti par la *Charte* et le droit autochtone.

##### 2.4.1 Nature de la revendication

[112] Les appelants soutiennent que des pêcheurs autochtones se sont vu accorder le droit de pêcher en exclusivité, pendant une journée, avant l'ouverture de la pêche commerciale générale à laquelle ils prennent part, et que ce droit donne naissance à un bénéfice refusé aux non-Autochtones en raison de leur race. Le fait que des permis communautaires ont été délivrés à plusieurs bandes, qui donnent ensuite une autorisation de pêcher à certains pêcheurs, n'est pas pertinent selon eux, parce que l'appartenance à des bandes ne constitue pas une justification valable fonctionnellement pertinente à la réglementation des pêches publiques.

[113] L'intimé a présenté plusieurs arguments à l'encontre de la revendication. Il dit en particulier

that s. 15(1) is not breached because the claimants are individual licence holders while the aboriginal licences are communal; there is no valid comparator. He says that there is no denial of benefit because the program allows for sufficient catches under different categories of beneficiaries, some communal, some individual.

[114] It is a finding of fact that the fishery is not communal (findings of Kitchen Prov. Ct. J. are summarized in the factum of the appellants, at para. 22); it is also a finding of fact that many Aboriginals who fish under the communal licences also participate in the general commercial fishery. More importantly, it is admitted that aboriginal fishers are being given a licence to fish that is not available to non-Aboriginals. The fact that the authorization to fish is given by way of band licences is immaterial; government cannot do indirectly what it cannot do directly. As mentioned in *Van der Peet*, at para. 19, these rights “arise from the fact that aboriginal people are aboriginal” (emphasis deleted). It is also some indication of the true nature of the licence that practically all parties and interveners in this case speak of the “right to fish” afforded by the pilot sales program. Even if communal licences were significant, their nature says nothing about the fact that limiting them to natives as a user group may be discriminatory. The fact that the program is race-based is established beyond doubt.

[115] The declarations of Minister Crosbie and government officials explaining the rationale for the program clearly relate to agreements with bands on the regulation and management of the fishery. The very title of the regulations is instructive: *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*. With regard to the existence of a benefit, here again there is a finding of fact of Kitchen Prov. Ct. J. (a

qu’il n’y a pas atteinte au par. 15(1) parce que les demandeurs sont des titulaires de permis individuels tandis que les permis des Autochtones sont de nature communautaire; il n’existe pas d’élément de comparaison valable. Il dit qu’aucun bénéficiaire n’est refusé parce que le programme permet des prises suffisantes aux différentes catégories de bénéficiaires, dont certaines sont communautaires et certaines individuelles.

[114] Selon une conclusion de fait, la pêche n’est pas de nature communautaire (les conclusions du juge Kitchen de la Cour provinciale sont résumées au par. 22 du mémoire des appelants); selon une autre conclusion de fait, de nombreux Autochtones qui pêchent en vertu des permis communautaires participent également à la pêche commerciale générale. Et ce qui est plus important, il est admis que le permis délivré aux pêcheurs autochtones n’est pas accessible aux non-Autochtones. Il est sans importance que l’autorisation de pêcher soit accordée sous la forme d’un permis délivré à une bande; le gouvernement ne peut pas faire indirectement ce qu’il lui est interdit de faire directement. Comme le précise le par. 19 de l’arrêt *Van der Peet*, ces droits « tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones » (soulignement omis). D’autre part, pratiquement toutes les parties et tous les intervenants dans la présente affaire parlent du « droit de pêche » que procure le programme pilote de vente, ce qui offre un élément révélateur de la nature véritable du permis. Même si les permis communautaires étaient importants, leur nature ne donne aucune indication quant au fait qu’il pourrait être discriminatoire de les restreindre aux Autochtones en tant que groupe utilisateur. Il est établi hors de tout doute que le programme est fondé sur la race.

[115] Les déclarations du ministre Crosbie et des responsables gouvernementaux pour expliquer la raison d’être du programme sont manifestement liés à des accords avec les bandes sur la réglementation et la gestion de la pêche. Le titre même du règlement est révélateur : *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*. En ce qui a trait à l’existence d’un bénéfice, une

summary is found in the appellants' factum, at para. 25). In any case, it is hard to understand how the respondent can argue that there was considerable benefit to Aboriginals, particularly the Tsawwassen Band which went from 15 to 35 boats (respondent's factum, at para. 43), and increased revenues and employment for Aboriginals (para. 44), with no impact on non-aboriginal fishers, while the catch is limited by allocations adjusted from year to year. What is allocated to bands in exclusivity cannot be allocated to the general fishery.

[116] There is in my view a *prima facie* case of discrimination pursuant to s. 15(1). There is no need to proceed further in the analysis or to invoke s. 1. The potential for conflict is established.

#### 2.4.2 The Native Right

[117] The Minister issued licences to Aboriginals in application of a discretion given by the *Fisheries Act* and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*. The respondent argues that these licences do not constitute a right or freedom as prescribed by s. 25 of the *Charter*. He says that only those rights and freedoms that "are vital to maintaining the distinctiveness of aboriginal cultures within the larger Canadian polity . . . have the potential to fall within s. 25" (factum, at para. 131), and adds that "[i]t follows that to be afforded protection under s. 25, an 'other right or freedom' must: (1) be of sufficient magnitude to warrant overriding a *Charter* right or freedom; (2) manifest a strong degree of permanence; and, (3) be intimately related to the protection and affirmation of aboriginal distinctiveness. The licence in question does not satisfy these criteria. The licence permitting sale was simply an exercise of administrative discretion, subject to numerous conditions and of brief duration. It was only effective for twenty-four hours. The agreement entered into with the Musqueam, Burrard and Tsawwassen bands expressly stated that it did not create any aboriginal rights. The conclusion of Brenner C.J.S.C. that the

conclusion de fait a là encore été tirée par le juge Kitchen de la Cour provinciale (dont le résumé se trouve au par. 25 du mémoire des appelants). Quoi qu'il en soit, il est difficile de comprendre comment l'intimé peut prétendre que les Autochtones ont obtenu un bénéfice considérable, en particulier la bande Tsawwassen, dont le nombre de bateaux est passé de 15 à 35 (mémoire de l'intimé, par. 43), et qu'il y a eu une augmentation des revenus et des emplois pour les Autochtones (par. 44), sans que cela ait eu d'incidence sur les pêcheurs non autochtones, alors que les prises sont limitées par des quotas ajustés d'une année à l'autre. Les prises attribuées en exclusivité aux bandes ne peuvent être attribuées à la pêche générale.

[116] Il existe à mon avis une preuve *prima facie* de discrimination selon le par. 15(1). Il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse ou d'invoquer l'article premier. La possibilité de conflit est établie.

#### 2.4.2 Le droit autochtone

[117] Le ministre a délivré des permis à des Autochtones dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur les pêches* et le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*. L'intimé soutient que ces permis ne constituent pas un droit ou une liberté visé à l'art. 25 de la *Charte*. Selon lui, seuls les droits et libertés qui [TRADUCTION] « sont essentiels au maintien du caractère distinctif des cultures autochtones au sein de l'ensemble politique canadien [. . .] sont susceptibles d'être visés par l'art. 25 » (mémoire, par. 131), et [TRADUCTION] « il s'ensuit que, pour se voir accorder la protection donnée par l'art. 25, un "droi[t] ou libert[é] [. . .] autr[e]" doit : (1) être d'une ampleur suffisante pour l'emporter sur une liberté ou un droit garanti par la *Charte*; (2) présenter un degré élevé de permanence; (3) être étroitement lié à la protection et à l'affirmation du caractère distinctif autochtone. Le permis en question ne satisfait pas à ces critères. Le permis autorisant la vente résultait simplement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il était assorti de plusieurs conditions et il était de brève durée. Il ne valait que pour 24 heures. L'accord conclu avec les bandes Musqueam, Burrard et Tsawwassen stipulait

licence did not create a right under s. 25 was correct” (paras. 137-38).

[118] The first comment that I would make is that the criterion of magnitude is simply inconsistent with the actual terms of s. 25. That section simply speaks of rights that pertain to the aboriginal peoples of Canada, i.e., any rights that advance the distinctive position of aboriginal peoples. The same is true with regard to the criterion of permanence; as mentioned earlier in these reasons, “other rights or freedoms” necessarily refers to statutory rights, which can be abolished at any time. The fact that the agreements with the named bands stated that they did not create any aboriginal rights is of no moment. Section 25 does not create any rights.

[119] The respondent agrees that the intended scope of “other rights or freedoms” in s. 25 is achieved by applying the *ejusdem generis* rule. At para. 101 of his factum, the respondent speaks of the unique relationship between British Columbia aboriginal communities and the fishery. This should be enough to draw a link between the right to fish given to Aboriginals pursuant to the pilot sales program and the rights contemplated by s. 25. The right to fish has consistently been the object of claims based on aboriginal rights and treaty rights, the enumerated terms in the provisions.

[120] Furthermore, the respondent himself argues that these rights were a first step in establishing a treaty right. As noted earlier in these reasons, s. 25 reflects the notions of reconciliation and negotiation present in the treaty process and recognized by the previous jurisprudence of this Court: *Haida Nation, Taku River*. Brenner C.J.S.C. discussed the rights and freedoms provided to the aboriginal peoples participating in the pilot sales program as well as the significance of the program to the aboriginal peoples of British Columbia (at para. 93):

The A.F.S. represented an attempt to reconcile this unique relationship with the need for regulation of the

expressément qu’il ne créait aucun droit autochtone. La conclusion du juge en chef Brenner selon laquelle le permis ne créait pas de droit au sens de l’art. 25 était juste » (par. 137-138).

[118] La première observation que je ferais, c’est que le critère de l’ampleur ne cadre tout simplement pas avec les termes de l’art. 25. Dans cet article, il est simplement question des droits des peuples autochtones du Canada, soit de tous les droits qui favorisent leur situation distinctive. Cela vaut aussi pour le critère de la permanence; comme je l’ai déjà signalé dans ces motifs, les mots « droits ou libertés [. . .] autres » se rapportent nécessairement à des droits d’origine législative, susceptibles d’être abolis n’importe quand. Le fait que les accords conclus avec les bandes nommées stipulaient qu’ils ne créaient aucun droit autochtone est sans importance. L’article 25 ne crée aucun droit.

[119] L’intimé convient que l’application de la règle *ejusdem generis* permet de cerner la portée qu’on entendait donner aux mots « droits ou libertés [. . .] autres ». Au paragraphe 101 de son mémoire, l’intimé évoque le rapport tout à fait particulier des communautés autochtones de la Colombie-Britannique avec la pêche. Cela devrait suffire à établir un lien entre le droit de pêche donné aux Autochtones en vertu du programme pilote de vente et les droits envisagés à l’art. 25. Le droit de pêche a constamment fait l’objet de revendications fondées sur les droits ancestraux et les droits issus de traités, soit les termes énumérés dans les dispositions.

[120] En outre, l’intimé lui-même prétend que ces droits constituaient une première étape vers la constitution d’un droit issu d’un traité. Comme je l’ai déjà signalé dans les présents motifs, l’art. 25 reflète les notions de réconciliation et de négociation présentes dans le processus des traités et reconnues par la jurisprudence de notre Cour : *Nation Haida, Taku River*. Le juge en chef Brenner a examiné les droits et libertés offerts aux peuples autochtones participant au programme pilote de vente ainsi que l’importance du programme pour les peuples autochtones de la Colombie-Britannique (par. 93) :

[TRADUCTION] La SPA constituait une tentative visant à concilier cette relation tout à fait particulière



fishery by providing for a separately regulated fishery respectful of and sensitive to traditional aboriginal values. This was achieved through the negotiation of such matters as co-management of the fishery, allocation of fish and other matters of importance to aboriginal groups. It also provided an opportunity for communal licencing, which is of particular and unique importance to aboriginal communities.

[121] Finally, in my opinion, the right in this case is totally dependent on the exercise of powers given to Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* which deals with a class of persons, Indians. Here again it is interesting to note the parallel made between s. 93 and s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* by Estey J. in *Reference re Bill 30*, at p. 1206, where he says: “In this sense, s. 93 is a provincial counterpart of s. 91(24) (Indians, and lands reserved for Indians) which authorizes the Parliament of Canada to legislate for the benefit of the Indian population in a preferential, discriminatory, or distinctive fashion *vis-à-vis* others.” To argue that according these licences is not a right but an exercise of ministerial discretion is to privilege form over substance. The *Charter* cannot be interpreted as rendering unconstitutional the exercise of powers consistent with the purposes of s. 91(24), nor is it rational to believe that every exercise of the s. 91(24) jurisdiction requires a justification under s. 1. Section 25 is a necessary partner to s. 35(1); it protects s. 35(1) purposes and enlarges the reach of measures needed to fulfill the promise of reconciliation.

#### 2.4.3 Potential Conflict

[122] I think it is established, in this case, that the right given by the pilot sales program is limited to Aboriginals and has a detrimental effect on non-aboriginal commercial fishers who operate in the same region as the beneficiaries of the program. It is also clear that the disadvantage is related to racial differences. Section 15 of the *Charter* is *prima facie* engaged. The right to equality afforded to every individual under s. 15 is not capable of

avec la nécessité de réglementer les pêches en instituant une pêche faisant l'objet d'une réglementation distincte, respectueuse des valeurs autochtones traditionnelles et sensible à ces valeurs. On y est parvenu en négociant des questions comme la cogestion de la pêche, la répartition du poisson et d'autres questions importantes pour les groupes autochtones. Elle prévoyait également la délivrance de permis communautaires, qui revêt une importance exceptionnelle pour les collectivités autochtones.

[121] À mon avis, enfin, le droit dont il est question en l'espèce dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui concerne une catégorie de personnes, soit les Indiens. Là encore, il est intéressant de relever le parallèle établi entre l'art. 93 et le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par le juge Estey dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, p. 1206 : « En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres. » Soutenir que l'octroi de ces permis n'est pas un droit mais l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, c'est privilégier la forme par rapport au fond. On ne peut interpréter la *Charte* comme si elle rendait inconstitutionnel l'exercice de pouvoirs conformes aux objectifs du par. 91(24), et il n'est pas logique de croire que tout exercice de la compétence établie au par. 91(24) exige une justification en vertu de l'article premier. L'article 25 est un compagnon indissociable du par. 35(1); il protège les objectifs du par. 35(1) et accroît la portée des mesures nécessaires pour que soit remplie la promesse de réconciliation.

#### 2.4.3 Conflit potentiel

[122] Il est établi en l'espèce, à mon avis, que le droit conféré par le programme pilote de vente est limité aux Autochtones et a un effet préjudiciable aux pêcheurs commerciaux non autochtones actifs dans la même région que les bénéficiaires du programme. Il est clair aussi que le désavantage est lié à des différences raciales. L'article 15 de la *Charte* peut à première vue être invoqué. L'application du droit à l'égalité reconnu à tous en vertu de l'art. 15

application consistently with the rights of aboriginal fishers holding licences under the pilot sales program. There is a real conflict.

### 3. Conclusion

[123] Section 25 of the *Charter* applies in the present situation and provides a full answer to the claim. For this reason, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: WeirFoulds, 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.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Tsawwassen First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations): Cook, Roberts, Victoria.*

n'est pas compatible avec les droits des pêcheurs autochtones titulaires de permis dans le cadre du programme pilote de vente. Il existe un conflit véritable.

### 3. Conclusion

[123] L'article 25 de la *Charte* s'applique en l'espèce et constitue une réponse complète à la revendication. Pour cette raison, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : WeirFoulds, Toronto.*

*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.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Tsawwassen : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation Haisla : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la bande indienne des Songhees, la Première nation Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw) : Cook, Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Heiltsuk Nation and the Musqueam Indian Band: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Cowichan Tribes: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Sportfishing Defence Alliance, the B.C. Seafood Alliance, the Pacific Salmon Harvesters Society, the Aboriginal Fishing Vessel Owners Association and the United Fishermen and Allied Workers Union: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Japanese Canadian Fishermens Association: Canadian Constitution Foundation, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Atlantic Fishing Industry Alliance: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Nee Tahi Buhn Indian Band: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Tseshaht First Nation: Braker & Company, West Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenantes la Nation Heiltsuk et la bande indienne des Musqueams : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante les tribus Cowichan : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur des intervenantes Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association et United Fishermen and Allied Workers Union : J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante Japanese Canadian Fishermens Association : Canadian Constitution Foundation, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Atlantic Fishing Industry Alliance : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la bande indienne Nee Tahi Buhn : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Tseshaht : Braker & Company, West Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations : Pitblado, Winnipeg.*



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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2008 Vol. 2**

**and Tables**

**Cited as [2008] 2 S.C.R. { i-xlvii  
551-808**

**3<sup>e</sup> cahier, 2008 Vol. 2**

**et Tables**

**Renvoi [2008] 2 R.C.S. { i-xlvii  
551-808**

---



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

ANNE ROLAND  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratives  
LILI-ANNE MCGRAW  
MANON PLOUFFE

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

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



## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xxxvii
Authors Cited.....	xli
Index .....	797

### **Canada (Privacy Commissioner) v.**

#### **Blood Tribe Department of Health ..... 574**

Privacy — Investigations of complaints — Powers of Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether Commissioner can compel production of privileged documents — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 12.

#### **Holland v. Saskatchewan ..... 551**

Torts — Negligence — Claim for negligently acting outside the law — Claim for negligent failure to implement judicial decree — Farmers obtaining declaration that government's action of reducing certification status of their herds unlawful — Minister taking no steps to reinstate farmers' certification — Whether Court of Appeal erred in striking out farmers' cause of action in negligence.

Crown law — Crown liability — Duty to implement judicial decree — Whether action lies against public authorities for negligently failing to implement judicial decree.

#### **Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) ..... 561**

Employment law — Duty to accommodate — Undue hardship — Employee frequently absent for extended periods because of illness — Employee dismissed for her absenteeism and inability to work on regular and reasonable basis — Interaction between employer's duty to accommodate sick employee and employee's duty to do work — Time relevant to determination of whether employer has fulfilled duty to accommodate — Interpretation and application of undue hardship standard.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata .....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxvii
Lois et règlements cités .....	xxxix
Doctrine citée.....	xli
Index .....	803

### **Canada (Commissaire à la protection de la**

#### **vie privée) c. Blood Tribe Department of Health .... 574**

Protection des renseignements personnels — Enquêtes relatives aux plaintes — Pouvoirs du Commissaire à la protection de la vie privée — Production de documents — Privilège du secret professionnel de l'avocat — Plainte au Commissaire à la protection de la vie privée par une employée congédiée cherchant à obtenir l'accès aux renseignements personnels relatifs à son emploi — Employeur revendiquant le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certains documents — Le commissaire peut-il exiger la production de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 12.

#### **Holland c. Saskatchewan ..... 551**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Demande fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi — Réclamation pour omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire — Éleveurs obtenant un jugement déclarant illicite la décision du gouvernement d'abaisser le statut de certification de leurs troupeaux — Aucune mesure de la part du ministre pour rétablir le niveau de certification des éleveurs — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de radier l'action des éleveurs pour négligence parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action?

Droit de la Couronne — Responsabilité de l'État — Obligation d'exécuter une décision judiciaire — Les autorités publiques peuvent-elles être poursuivies pour avoir omis par négligence d'exécuter une décision judiciaire?

#### **Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) ..... 561**

Droit de l'emploi — Obligation d'accommodement — Contrainte excessive — Absences fréquentes et prolongées

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **M.T. v. J.-Y.T. .... 781**

Family law — Divorce — Family assets — Partition of family patrimony — Civil Code of Québec authorizing exception to rule of equal partition of value of spouses' family patrimony where equal partition would result in injustice considering, in particular, brevity of marriage, waste of certain property by one of spouses, or bad faith of one of them — Nature of "injustice" that justifies judge ordering unequal division of family patrimony — Whether exclusion of husband's pension credits from partition of patrimony is warranted — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 422.

### **Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) ..... 698**

Human rights — Right to equality — Discrimination based on criminal record — Pardon — Candidate for employment as police officer rejected at initial stage of selection process because of prior conviction despite having been pardoned — Police force indicating that she did not satisfy "good moral character" criterion imposed by hiring standards provided for in statute and regulation — Whether candidate for employment as police officer enjoys protection of s. 18.2 of Charter of human rights and freedoms against discrimination based on prior conviction that connected with employment — Whether that protection applies to all existing forms of pardon, such as statutory pardon — Whether candidate rejected owing to mere fact of finding of guilt — Whether rejection of candidate justified under s. 20 of Quebec Charter, which provides that requirement of aptitudes and qualifications that necessary for employment deemed non-discriminatory — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 18.2, 20 — Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 6.1.

### **New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. .... 604**

Human rights — Discriminatory practices — Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Pension plans — Employee filing complaint alleging age discrimination after being asked to retire at 65 pursuant to mandatory retirement policy contained in pension plan — Provincial human rights legislation expressly declaring that age discrimination provisions not applicable if employer's decision to terminate employment taken pursuant to "bona fide pension plan" — Criteria required to show that pension plan is "bona fide pension plan" — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).

Pensions — Pension plans — Bona fide pension plans — Criteria required to show that pension plan is "bona fide pension plan" — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d'une employée pour cause de maladie — Employée congédiée pour son absentéisme et son incapacité à fournir une prestation de travail régulière et raisonnable — Interaction entre l'obligation de l'employeur d'accueillir une employée malade et l'obligation de l'employée de fournir une prestation de travail — Moment pertinent pour déterminer si l'employeur a satisfait son obligation d'accommodement — Interprétation et application de la norme de la contrainte excessive.

### **M.T. c. J.-Y.T. .... 781**

Droit de la famille — Divorce — Biens familiaux — Partage du patrimoine familial — Code civil du Québec permettant de déroger au principe du partage égal de la valeur du patrimoine familial des époux lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux — Quelle est la nature de l'« injustice » qui permet au juge d'ordonner le partage inégal du patrimoine familial? — L'exclusion des droits à pension du mari du patrimoine à partager est-elle justifiée? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 422.

### **Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) ..... 698**

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Pardon — Candidate à un poste de policière exclue à la première étape du processus de sélection à cause d'une condamnation antérieure malgré sa réhabilitation — Service de police indiquant qu'elle ne remplit pas le critère des « bonnes mœurs » prescrit par les normes d'embauche prévues par la loi et le règlement — Le candidat à un poste de policier bénéficie-t-il de la protection qu'offre l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne contre la discrimination fondée sur un antécédent judiciaire dans le domaine de l'emploi? — Cette protection s'applique-t-elle à toutes les formes actuelles du pardon telle la réhabilitation légale? — L'exclusion de la candidate est-elle survenue du seul fait de la déclaration de culpabilité? — L'article 20 de la Charte québécoise qui répute non discriminatoire l'exigence d'aptitudes et qualités requises pour un emploi permettait-il l'exclusion de la candidate? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2, 20 — Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 6.1.

### **Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. .... 604**

Droits de la personne — Mesures discriminatoires — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. L.T.H. .... 739**

Criminal law — Young persons — Evidence — Admissibility of statements — Waiver of rights — Whether Crown must prove not only that necessary explanation given in appropriate and understandable language, but also that young person understood — Whether must be proven by Crown beyond reasonable doubt — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 146.

### **R. v. S.A.C. .... 675**

Criminal law — Young persons — Sentencing — Committal to custody — Proper interpretation of s. 39(1)(c) of Youth Criminal Justice Act — Discrepancy between English and French versions — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 39(1)(c).

Criminal law — Young persons — Sentencing — Evidence — Requirement to consider pre-sentence report before making sentence in respect of young person — Whether pre-sentence report contained sufficient individualized information to allow sentencing court to craft appropriate and meaningful sentence — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 39, 40, 42.

Criminal law — Sentencing — Taking of DNA samples — Crown conceding on appeal that sentencing court could not order taking of DNA samples proprio motu — Whether Court of Appeal was correct in remitting matter to sentencing court for reconsideration — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051(1)(b).

### **Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue) .... 643**

Taxation — Income tax — Administration and enforcement — Minister of National Revenue's power to inspect, audit and examine taxpayers' records — Whether Minister must obtain judicial authorization during course of legitimate audit of registered charity before asking charity to provide information that identifies its donors — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 230(2)(a), 231.1(1).

## SOMMAIRE (Suite)

obligatoire — Régimes de pension — Plainte de discrimination fondée sur l'âge présentée par un employé après sa mise à la retraite à l'âge de 65 ans conformément à la règle pertinente d'un régime de pension — Loi provinciale sur les droits de la personne prévoyant expressément que ses dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquent pas lorsque la décision de mettre un employé à la retraite est prise conformément à un « régime de pension effectif » — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)a).

Pensions — Régimes de pension — Régime de pension effectif — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)a).

### **R. c. L.T.H. .... 739**

Droit criminel — Adolescents — Preuve — Admissibilité des déclarations — Renonciation aux droits — Le ministère public doit-il prouver non seulement que les explications nécessaires ont été données en des termes adaptés et compréhensibles, mais aussi que l'adolescent les a comprises? — Le ministère public doit-il le prouver hors de tout doute raisonnable? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 146.

### **R. c. S.A.C. .... 675**

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Placement sous garde — Interprétation correcte de l'art. 39(1)(c) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents — Divergence entre les versions française et anglaise — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39(1)(c).

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Preuve — Nécessité de prendre connaissance d'un rapport prédécisionnel avant d'imposer une peine à un adolescent — Le rapport prédécisionnel contenait-il suffisamment de renseignements personnels pour que le tribunal chargé de déterminer la peine soit en mesure de déterminer une peine appropriée et justifiée? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39, 40, 42.

Droit criminel — Détermination de la peine — Prélèvement d'échantillons d'ADN — Ministère public a reconnu en appel qu'il n'était pas loisible au tribunal chargé de déterminer la peine d'ordonner de son propre chef le prélèvement d'échantillons d'ADN — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de renvoyer cette question au tribunal pour adolescents pour qu'il la réexamine? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051(1)(b).

*Suite à la page suivante*

## SOMMAIRE (Fin)

### **Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national) ..... 643**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Application et exécution — Pouvoir du ministre du Revenu national d'inspecter, vérifier et examiner les registres des contribuables — Dans le cadre d'une vérification légitime d'un organisme de bienfaisance enregistré, le ministre doit-il demander une autorisation judiciaire avant d'exiger que l'organisme lui remette des renseignements sur l'identité de ses donateurs — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 230(2)a), 231.1(1).



## 2008 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

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrétiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR

ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH  
RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
JACQUES GAGNÉ  
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN  
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET  
MONIQUE GROULX

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
PAULINE MCTAVISH  
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL  
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratives  
LILI-ANNE MCGRAW  
MANON PLOUFFE

**JUDGES  
OF THE  
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

On the 30th day of June 2008, the Honourable MICHEL BASTARACHE, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable MICHEL BASTARACHE, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 30 juin 2008.

## ERRATA

[1979] 1 S.C.R., p. 1104, line 2 of the French version.  
Read “préventions” instead of “prétentions”.

[2006] 2 S.C.R., p. 839, para. 98, line 20 of the French version. Read “considérable” instead of “ineconsidérable”.

[2007] 2 S.C.R., p. 260, para. 156, line 12 of the French version. Read “ils sont responsables” instead of “il sont responsables”.

[1979] 1 R.C.S., p. 1104, ligne 2 de la version française.  
Lire « préventions » au lieu de « prétentions ».

[2006] 2 R.C.S., p. 839, par. 98, ligne 20 de la version française. Lire « considérable » au lieu de « ineconsidérable ».

[2007] 2 R.C.S., p. 260, par. 156, ligne 12 de la version française. Lire « ils sont responsables » au lieu de « il sont responsables ».



## MOTIONS — REQUÊTES

### (Additional notices of discontinuance filed in 2007 – Avis de désistement additionnels déposés en 2007)

*Domfer Metal Powders Ltd. v. Comité d'environnement de Ville-Émard*, (Qué.), 31841, notice of discontinuance filed, 31.8.07, avis de désistement produit.

*Superintendent of Financial Services v. National Bank of Canada*, (Ont.), 31761, notice of discontinuance filed, 31.10.07, avis de désistement produit.

### (May 11 to September 30, 2008 – 11 mai au 30 septembre 2008)

2954-4095 *Québec inc. (Construction Kay-Bek Inn) c. HMI-Promec S.E.N.C.*, (Qué.), 32485, leave to appeal refused with costs, 3.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

3377466 *Canada Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, (Que.), 32425, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*A.J.D. v. Metis Child, Family and Community Services*, (Man.), 32659, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.

*Abakhan & Associates Inc. v. High Meadow Holdings Ltd.*, (B.C.), 32570, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Abitibi-Consolidated Inc. c. Doughan*, (Qué.), 32523, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.8.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

*Alexander-Scott c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32461, leave to appeal refused, 7.8.08, autorisation d'appel refusée.

*Angba c. Procureur général du Canada*, (Qué.), 32474, leave to appeal refused with costs, 10.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Apôtres de l'Amour Infini c. Municipalité de Brébeuf*, (Qué.), 32652, leave to appeal refused with costs, 4.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Attorney General of Canada v. Sauer*, (Ont.), 32247, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Baksh v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32561, leave to appeal refused, 24.7.08, autorisation d'appel refusée.

*BCE Inc. v. A Group of 1976 Debentureholders*, (Que.), 32647, leave to appeal granted, 2.6.08, autorisation d'appel accordée.

*Bell c. Régime de retraite des employés de Sobeys inc.*, (Qué.), 32590, leave to appeal refused with costs, 7.8.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications Limited Partnership*, (F.C.), 32607, leave to appeal granted, 25.9.08, autorisation d'appel accordée.

*Benoît c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qué.), 32591, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.

- Brasserie Futuriste de Laval Inc. c. La Reine*, (C.F.), 32456, leave to appeal refused with costs, 15.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Budget Rent-A-Car of Edmonton Ltd. v. Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims Act*, (Alta.), 32666, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Butler v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32536, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Bar Association v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 32600, leave to appeal refused with costs against the respondent, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.
- Canadian Wireless Telecommunications and Immigration v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, (F.C.), 32516, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canning v. Rose*, (N.L.), 32554, leave to appeal refused with costs, 5.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canwest Mediaworks Inc. v. The Queen*, (F.C.), 32512, leave to appeal refused with costs, 5.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, (C.F.), 31992, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief, Edmonton Police Service v. Hoeving*, (Alta.) (Crim.), 32341, notice of discontinuance filed, 20.8.08, avis de désistement produit.
- City of Edmonton v. Slavik*, (Alta.), 32597, leave to appeal refused with costs, 14.8.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Classic Pools & Spa Ltd. v. Melanson*, (N.B.), 32417, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Coffey v. College of Licensed Practical Nurses of Manitoba*, (Man.), 32648, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Collins v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 32466, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Colson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32517, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Boerboom*, (Qué.), 32542, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Compostage Mauricie Inc. c. Municipalité de Saint-Luc-de-Vincennes*, (Qué.), 32552, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen the Torah v. Municipality of Val-Morin*, (Que.), 32663, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Consommateur Impact Marketing Ltd. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qué.), 32515, leave to appeal refused with costs, 10.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Consumers' Association of Canada v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, (F.C.), 32611, leave to appeal granted, 25.9.08, autorisation d'appel accordée.
- Coote v. Ontario Human Rights Commission*, (Ont.), 32605, leave to appeal refused with costs, 26.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Côté c. Kaouk*, (Qué.), 32540, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cousins v. McColl-Frontenac*, (N.B.), 32394, notice of discontinuance filed, 8.7.08, avis de désistement produit.
- Couture c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32432, leave to appeal refused, 22.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Ltd. v. Hyundai Auto Canada*, (F.C.), 32634, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Cruz v. Robins*, (Ont.), 32531, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Culham v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32519, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- D. Atlantic Inc. v. The Queen in Right of the Province of Ontario*, (Ont.), 32612, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dagenais c. Municipalité de Saint-Adolphe-d'Howard*, (Qué.), 32545, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daigle v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32644, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- de Montigny c. Brossard*, (Qué.), 32658, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- de Silva v. Pitts*, (Ont.), 32525, leave to appeal refused with costs, 15.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deep v. The Queen*, (F.C.), 32556, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deo v. Wong*, (B.C.), 32642, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, (Qué.), 32527, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.8.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Director of the Alberta Human Rights and Citizenship Commission v. Kellogg Brown & Root (Canada) Co.*, (Alta.), 32505, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ditomene c. Cégep de Sherbrooke*, (Qué.), 32698, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Doody v. Comité de la formation professionnelle du Barreau du Québec*, (Que.), 32496, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dove v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32592, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Dudley v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32603, leave to appeal granted, 25.9.08, autorisation d'appel accordée.
- E.A.D.M. v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 32458, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Economical Mutual Insurance Co. v. Appin Realty Corporation Ltd.*, (Ont.), 32555, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.
- Engel v. da Costa*, (Alta.), 32696, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Espino v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 32581, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Falduto c. Compagnie d'assurance-vie Federated du Canada*, (Qué.), 32614, leave to appeal refused, 4.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Fattah v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32707, leave to appeal refused, 18.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Ferguson v. Board of Trustees of the City of Saint John*, (N.B.), 32551, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Finning International Inc. v. International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge No. 99*, (Alta.), 32390, leave to appeal refused with costs, 12.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fiset c. Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre*, (Qué.), 32472, leave to appeal refused with costs against the respondent, 26.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

- Fuoco c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île*, (Qué.), 32529, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- G.D.S. v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 32340, leave to appeal refused, 12.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Gaffney v. Gaffney*, (B.C.), 32381, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 32477, leave to appeal refused with costs, 5.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ghanotakis c. Expertises didactiques Lyons inc.*, (Qué.), 32503, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giacomelli v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 32690, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giecewicz v. Hastings*, (Ont.), 32509, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Girard c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32513, leave to appeal refused, 15.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Goldman c. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 32573, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Graziani v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 32539, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Groupe Dynafor Inc. c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32593, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guimond c. Villeneuve*, (Qué.), 32588, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guzman v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 32409, leave to appeal refused, 3.7.08, autorisation d'appel refusée.
- H.M. v. J.A.S.*, (B.C.), 32514, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Halifax Regional Municipality v. Nova Scotia Human Rights Commission*, (N.S.), 32643, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harmegnies c. Toyota Canada Inc.*, (Qué.), 32587, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hastings Park Conservancy v. City of Vancouver*, (B.C.), 32645, leave to appeal refused with costs, 14.8.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Her Majesty in Right of Newfoundland and Labrador v. Labrador Métis Nation*, (N.L.), 32468, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hergott v. Bovingdon*, (Ont.), 32510, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Honourable John Reilly v. Chief Judge of the Provincial Court of Alberta*, (Alta.), 32599, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- InterLink Business Management Inc. v. Bennett Environmental Inc.*, (B.C.), 32633, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- International Charity Association Network v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 32671, notice of discontinuance filed, 28.7.08, avis de désistement produit.
- Investissements Mont Echo Inc. c. Banque Nationale du Canada*, (Qué.), 32572, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Iovannone c. États-Unis d'Amérique*, (Qué.) (Crim.), 32578, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.*, (Ont.), 32765, leave to appeal refused, 19.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Johnson v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32653, leave to appeal refused, 7.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Jolly v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32547, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Juneau c. Villeneuve*, (Qué.), 32438, leave to appeal refused, 15.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Kabbabe v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 32419, leave to appeal refused, 15.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Kaitting c. États-Unis d'Amérique*, (Qué.) (Crim.), 32582, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Karachinsky c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qué.) (Crim.), 32565, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Katona c. États-Unis d'Amérique*, (Qué.) (Crim.), 32583, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Kelly v. Palazzo*, (Ont.), 32559, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- King v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32337, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Kissel v. Minister of Justice of Canada*, (Ont.) (Crim.), 32575, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Kissel v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 32574, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Knol v. Piper*, (Y.T.), 32584, leave to appeal refused with costs, 24.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lefebvre c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32435, leave to appeal refused, 22.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Lehman v. Pratt & Whitney Canada Corp.*, (Que.), 32467, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemay c. Banque Nationale du Canada*, (Qué.), 32511, leave to appeal refused with costs, 24.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lepage c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32522, leave to appeal refused, 5.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Lepage v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32654, leave to appeal refused, 18.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Lindsay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31204, leave to appeal refused, 18.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Livingston v. The Queen*, (F.C.), 32630, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lloyd's of London v. Royal & Sun Alliance Insurance Co.*, (Ont.), 32664, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Madore-Ogilvie v. Kulwartian*, (Ont.), 32568, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maïcas c. Commission des relations du travail*, (Qué.), 32502, leave to appeal refused with costs against the respondent, 5.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.
- Maisonneuve c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qué.) (Crim.), 32563, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Malanca v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32484, leave to appeal refused, 5.6.08, autorisation d'appel refusée.

- Manuel v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32668, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Marinov c. États-Unis d'Amérique*, (Qué.) (Crim.), 32577, leave to appeal refused, 17.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Mayrand c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32431, leave to appeal refused, 22.5.08, autorisation d'appel refusée.
- McClenaghan v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32543, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Meyers v. The Queen*, (N.L.) (Crim.), 32504, notice of discontinuance filed, 10.7.08, avis de désistement produit.
- Minde v. Ermineskin Cree Nation*, (F.C.), 32553, leave to appeal refused with costs, 3.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Justice for Canada v. Karas*, (B.C.) (Crim.), 32500, case remanded to the Court of Appeal to be dealt with in accordance with the standard of judicial review articulated in *Lake v. Canada (Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, 2008 SCC 23, 12.6.08, affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue en conformité avec la norme de contrôle judiciaire énoncée dans *Lake c. Canada (Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, 2008 CSC 23.
- Paradigm Holdings Ltd. v. Ngan & Siu Investments Co.*, (B.C.), 32670, notice of discontinuance filed, 28.8.08, avis de désistement produit.
- Parenteau c. Bourbonnais*, (Qué.), 32499, leave to appeal refused with costs, 10.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pearson v. The Queen*, (F.C.), 32639, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pelchat c. Ministre de la justice du Canada*, (Qué.), 32482, notice of discontinuance filed, 22.5.08, avis de désistement produit.
- Pelchat c. Procureur général du Canada*, (Qué.) (Crim.), 32481, notice of discontinuance filed, 22.5.08, avis de désistement produit.
- Perron c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32491, leave to appeal refused, 22.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Peter-Paul v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 32488, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Pfeiffer v. The Queen*, (Ont.), 32526, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, (Qué.), 32342, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 7.8.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Pomatek Inc. c. Syndicat des Travailleurs Unis du Québec*, (Qué.), 32636, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ponce c. Montrusco & Associés inc.*, (Qué.), 32569, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- PUC Distribution Inc. v. Brascan Energy Marketing Inc.*, (Ont.), 32632, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Quake Technologies (Canada) Inc. v. Spirent Communications of Ottawa Ltd.*, (Ont.), 32550, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Denver-Lambert*, (Qué.) (Crim.), 32757, notice of discontinuance filed, 4.9.08, avis de désistement produit.
- R. v. Garneau*, (Qué.) (Crim.), 32166, leave to appeal refused, 5.6.08, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.S.K.T.*, (C.F.) (Crim.), 32672, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Palaga*, (Sask.) (Crim.), 32595, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.

- R. v. Simpson*, (Ont.) (Crim.), 32443, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- R.M. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32470, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Rizzi v. Mavros*, (Ont.), 32615, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 25.9.08, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Roberts v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32606, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- Rogers v. Morneau Sobeco Limited Partnership*, (Ont.), 32579, leave to appeal refused with costs, 4.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ryz v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32530, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- S.B. v. Minister of Family and Community Services*, (N.B.), 32566, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Saskatchewan Association of Licensed Practical Nurses v. Whatcott*, (Sask.), 32524, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saskatchewan Human Rights v. P.S.S. Professional Salon Services Inc.*, (Sask.), 32480, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Sauvé v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32562, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Schindelka v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 32609, leave to appeal refused, 18.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Sedrak v. Minister of Social Development*, (F.C.), 32610, leave to appeal refused with costs, 14.8.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Seidler v. Gebhard Hoelzler Construction Ltd.*, (B.C.), 32619, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sentinel Hill No. 29 Limited Partnership v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 32580, leave to appeal refused with costs, 14.8.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shepherd v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32387, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Sinclair v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 32544, leave to appeal refused, 19.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Banque Nationale du Canada*, (Qué.), 32492, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.6.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, (Qué.), 32486, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.6.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Produits Fraco Ltée*, (Qué.), 32528, leave to appeal refused with costs, 17.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Raymond, Chabot Inc.*, (Qué.), 32489, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.6.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Sports Interaction v. Jacobs*, (F.C.), 32448, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Stinson Hospitality Inc. v. Ed Mirvish Enterprises Ltd.*, (Ont.), 32469, leave to appeal refused with costs, 29.5.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stroll c. Iredale*, (Qué.), 32462, leave to appeal refused, 22.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Szendroi v. Volger*, (N.S.), 32585, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Tercon Contractors Ltd. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 32460, leave to appeal granted, 10.7.08, autorisation d'appel accordée.
- Thibault c. Audet*, (Qué.), 32689, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thien v. International Longshore and Warehouse Union, Ship & Dock Foremen Local 514*, (F.C.), 32538, leave to appeal refused with costs, 19.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tiedemann v. BCE Inc.*, (Que.), 32673, leave to appeal refused, 13.6.08, autorisation d'appel refusée.
- Toronto Dominion Bank v. Monteiro*, (Ont.), 32589, leave to appeal refused with costs, 24.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto East General Hospital v. Polgrain*, (Ont.), 32768, notice of discontinuance filed, 24.9.08, avis de désistement produit.
- Toronto Police Association v. Toronto Police Services Board*, (Ont.), 32405, leave to appeal refused with costs, 25.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toutissani v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32684, leave to appeal refused, 18.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Turcotte c. Ville de Laval*, (Qué.) (Crim.), 32631, leave to appeal refused, 31.7.08, autorisation d'appel refusée.
- United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 32546, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.6.08, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- United States of America v. Anekwu*, (B.C.) (Crim.), 32646, leave to appeal granted, 14.8.08, autorisation d'appel accordée.
- Van c. Bissonnette*, (Qué.), 32507, leave to appeal refused, 29.5.08, autorisation d'appel refusée.
- Ville de Montréal c. Tanisma*, (Qué.), 32534, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Trois-Rivières c. Progère Construction Inc.*, (Qué.), 32571, leave to appeal refused with costs, 31.7.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vrooman v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32641, leave to appeal refused with costs, 4.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walizadah v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32532, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Walker v. Schober*, (B.C.), 32520, leave to appeal refused with costs, 12.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Washington v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32388, leave to appeal refused, 25.9.08, autorisation d'appel refusée.
- Wellington Place Apartments v. Sandhu*, (Ont.), 32669, notice of discontinuance filed, 20.8.08, avis de désistement produit.
- Woldegabriel v. Bank of Montreal*, (Ont.), 32506, leave to appeal refused with costs, 5.6.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- X c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 32558, leave to appeal refused, 14.8.08, autorisation d'appel refusée.
- Zsoldos v. MMMC Inc. Architects*, (Ont.), 32613, leave to appeal refused with costs, 18.9.08, autorisation d'appel refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>J</b>	
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc. ....	195	J.H.S., R. v. ....	152
		J.-Y.T., M.T. v. ....	781
<b>B</b>		<b>K</b>	
Blackman, R. v. ....	298	Kapp, R. v. ....	483
Blood Tribe Department of Health, Canada (Pri- vacy Commissioner) v. ....	574	Keays, Honda Canada Inc. v. ....	362
		Khadr, Canada (Justice) v. ....	125
		Khadr, Canada (Justice) v. ....	143
<b>C</b>		<b>L</b>	
Canada v. McLarty ....	79	L.M., R. v. ....	163
Canada (Citizenship and Immigration), Charkaoui v. ....	326	L.T.H., R. v. ....	739
Canada (Justice) v. Khadr ....	125		
Canada (Justice) v. Khadr ....	143	<b>M</b>	
Canada (National Revenue), Redeemer Founda- tion v. ....	643	M.T. v. J.-Y.T. ....	781
Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health ....	574	Mair, Simpson v. ....	420
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigra- tion) ....	326	McLarty, Canada v. ....	79
Culligan of Canada Ltd., Mustapha v. ....	114	Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) ....	698
		Mustapha v. Culligan of Canada Ltd. ....	114
<b>D</b>		<b>N</b>	
D.B., R. v. ....	3		
Devine, R. v. ....	283	New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. ....	604
<b>H</b>		<b>P</b>	
Holland v. Saskatchewan ....	551		
Honda Canada Inc. v. Keays ....	362	Potash Corporation of Saskatchewan Inc., New Brunswick (Human Rights Commis- sion) v. ....	604
Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP- FTQ) ....	561	Proprio Direct inc., Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. ....	195

	PAGE		PAGE
<b>Q</b>			
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), Montréal (City) v. ....	698	Simpson v. Mair .....	420
		Simpson, WIC Radio Ltd. v. ....	420
		Stein v. Stein .....	263
		Syndicat des employé-e-s de techniques profes- sionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), Hydro- Québec v. ....	561
<b>R</b>			
R. v. Blackman .....	298	<b>W</b>	
R. v. D.B. ....	3	Walker, R. v. ....	245
R. v. Devine .....	283	WIC Radio Ltd. v. Simpson .....	420
R. v. J.H.S. ....	152	Witter, R. v. ....	235
R. v. Kapp .....	483	<b>X</b>	
R. v. L.M. ....	163	X, Y v. ....	781
R. v. L.T.H. ....	739	<b>Y</b>	
R. v. S.A.C. ....	675	Y v. X .....	781
R. v. Walker .....	245		
R. v. Witter .....	235		
Redeemer Foundation v. Canada (National Rev- enue) .....	643		
<b>S</b>			
S.A.C., R. v. ....	675		
Saskatchewan, Holland v. ....	551		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>J</b>	
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc. ....	195	J.H.S., R. c. ....	152
		J.-Y.T., M.T. c. ....	781
<b>B</b>		<b>K</b>	
Blackman, R. c. ....	298	Kapp, R. c. ....	483
Blood Tribe Department of Health, Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. ...	574	Keays, Honda Canada Inc. c. ....	362
		Khadr, Canada (Justice) c. ....	125
		Khadr, Canada (Justice) c. ....	143
<b>C</b>		<b>L</b>	
Canada c. McLarty .....	79		
Canada (Citoyenneté et Immigration), Charkaoui c. ....	326	L.M., R. c. ....	163
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health	574	L.T.H., R. c. ....	739
Canada (Justice) c. Khadr .....	125		
Canada (Justice) c. Khadr .....	143	<b>M</b>	
Canada (Revenu national), Redeemer Foundation c. ....	643	M.T. c. J.-Y.T. ....	781
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	326	Mair, Simpson c. ....	420
Culligan du Canada Ltée, Mustapha c. ....	114	McLarty, Canada c. ....	79
		Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) .....	698
		Mustapha c. Culligan du Canada Ltée.....	114
<b>D</b>		<b>N</b>	
D.B., R. c. ....	3		
Devine, R. c. ....	283	Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. ....	604
<b>H</b>		<b>P</b>	
Holland c. Saskatchewan .....	551		
Honda Canada Inc. c. Keays .....	362	Potash Corporation of Saskatchewan Inc., Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. ....	604
Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) .....	561		

	PAGE		PAGE
Proprio Direct inc., Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. ....	195	Simpson c. Mair .....	420
		Simpson, WIC Radio Ltd. c. ....	420
		Stein c. Stein .....	263
		Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), Hydro-Québec c. ....	561
<b>Q</b>			
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), Montréal (Ville) c. ....	698		
<b>R</b>			
R. c. Blackman .....	298	Walker, R. c. ....	245
R. c. D.B. ....	3	WIC Radio Ltd. c. Simpson .....	420
R. c. Devine .....	283	Witter, R. c. ....	235
R. c. J.H.S. ....	152		
R. c. Kapp .....	483	<b>X</b>	
R. c. L.M. ....	163	X, Y c. ....	781
R. c. L.T.H. ....	739		
R. c. S.A.C. ....	675	<b>Y</b>	
R. c. Walker .....	245	Y c. X .....	781
R. c. Witter .....	235		
Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national) .....	643		
<b>S</b>			
S.A.C., R. c. ....	675		
Saskatchewan, Holland c. ....	551		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>A</b>		
Addis v. Gramophone Co. ....	[1909] A.C. 488 .....	387
Adler v. Ontario .....	[1996] 3 S.C.R. 609 .....	531
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	501, 584
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728 .....	117, 556
Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp.....	(1998), 28 C.P.C. (4th) 60 .....	588
Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co. ....	[1981] 1 S.C.R. 699 .....	508
Attorney General of Canada v. Lavell.....	[1974] S.C.R. 1349 .....	531
<b>B</b>		
Bardal v. Globe & Mail Ltd.....	(1960), 24 D.L.R. (2d) 140 .....	373
Barltrop v. Canadian Broadcasting Corp.....	(1978), 25 N.S.R. (2d) 637 .....	446
Beaulieu v. R.....	[2007] Q.J. No. 2116 (QL), 2007 QCCA .....	403
		182
Bégin v. Richmond School Dist. No. 38.....	(2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT .....	60
		640
Best v. Best.....	[1999] 2 S.C.R. 868 .....	281
Blank v. Canada (Minister of Justice).....	[2006] 2 S.C.R. 319, 2006 SCC 39 .....	585
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission).....	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44 .....	68, 351
Bogdanich v. Summit Logistics Inc. ....	(2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292 .....	640
Bonnick v. Morris .....	[2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31 .....	440
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd. ....	[1995] 3 S.C.R. 3 .....	441
Boudreau v. The King.....	[1949] S.C.R. 262 .....	766
Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc. ....	(1999), 214 N.B.R. (2d) 111 .....	379
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU .....	[1999] 3 S.C.R. 3 .....	566, 611, 627, 732
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights).....	[1999] 3 S.C.R. 868 .....	615
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)...	[1988] 2 S.C.R. 279 .....	631
Byers v. Prince George (City) Downtown Parking Commission.....	(1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 .....	379
<b>C</b>		
Campbell v. British Columbia (Attorney General) .....	[2000] 4 C.N.L.R. 1 .....	535
Campbell v. Spottiswoode.....	(1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288 .....	469
Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)...	[2005] 4 F.C.R. 673, 2005 FCA 199 .....	595
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment).....	(2000), 187 D.L.R. (4th) 127 .....	595
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada.....	[2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54 .....	661

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General).....	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 .....	20
Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp. ....	[2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36 .....	585
Chamberlain v. Surrey School District No. 36.....	[2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86 .....	775
Chambre immobilière du Grand Montréal v. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec.....	[2007] R.J.Q. 504 .....	213
Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. v. Manock.....	(2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60 ...	454
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	[2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9 .....	49, 333
Charleston v. News Group Newspapers Ltd.....	[1995] 2 W.L.R. 450 .....	473
Cheng v. Tse Wai Chun .....	[2000] 3 H.K.C.F.A.R. 339 .....	467
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd .....	[1979] 1 S.C.R. 1067 .....	428, 461
Christie v. Westcom Radio Group Ltd. ....	(1990), 75 D.L.R. (4th) 546 .....	476
Clarke v. Clarke .....	[1990] 2 S.C.R. 795 .....	281
Clarkson v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 383 .....	756, 775
Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.....	(1998), 38 O.R. (3d) 97 .....	456
Cooper v. Hobart.....	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79.....	118, 556
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	[1999] 2 S.C.R. 203 .....	519, 539
Corneau v. R. ....	[2001] R.J.Q. 2509 .....	183
Cunningham v. Canada .....	[1993] 2 S.C.R. 143 .....	57
Cusson v. Quan .....	231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 .....	440

## D

D.G.A. v. K.J.A. ....	[2003] B.C.J. No. 2711 (QL), 2003 BCSC 1736 .....	277
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....	[1994] 3 S.C.R. 835 .....	429, 775
Danish v. Danish.....	(1981), 33 B.C.L.R. 176 .....	276
Davis & Sons v. Shepstone .....	(1886), 11 App. Cas. 187 .....	462
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	498, 540
Descôteaux v. Mierzwinski .....	[1982] 1 S.C.R. 860 .....	585
Devji v. Burnaby (District) .....	(1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599 .....	121
Dickason v. University of Alberta .....	[1992] 2 S.C.R. 1103 .....	610
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562 .....	117
Doyle v. Sparrow .....	(1979), 27 O.R. (2d) 206 .....	438
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia .....	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19 .....	206
Droit de la famille — 1395 .....	[1993] R.J.Q. 1659 .....	792
Droit de la famille — 1511 .....	J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138 .....	792
Droit de la famille — 1893 .....	[1993] R.J.Q. 2806 .....	791
Droit de la famille — 1907 .....	J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103 .....	792
Droit de la famille — 1953 .....	J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386 .....	794
Droit de la famille — 2659.....	J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439 .....	792
Dumas v. Leclerc Institute .....	[1986] 2 S.C.R. 459 .....	49
Dunsmuir v. New Brunswick.....	[2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9 .....	205

## E

Englander v. TELUS Communications Inc.....	[2005] 2 F.C.R. 572, 2004 FCA 387 .....	586
--	---	-----

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>F</b>		
F.N. (Re).....	[2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35 .....	69
Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada.....	[2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30 .....	124, 387
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.....	[2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18 .....	585
<b>G</b>		
G. (J.S.) v. G. (A.G.) .....	(2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457 .....	277
Global Communications Ltd. v. The Queen.....	99 D.T.C. 5377 .....	92
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services).....	[2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31 .....	585
Gould v. Yukon Order of Pioneers .....	[1996] 1 S.C.R. 571 .....	632
Grove v. Grove.....	[1996] B.C.J. No. 658 (QL) .....	271
<b>H</b>		
H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General).....	[2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13 .....	589
Hadley v. Baxendale .....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145 .....	123, 389
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests).....	[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73 .....	540
Hamdan v. Rumsfeld .....	126 S. Ct. 2749 (2006) .....	135
Hammerling v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 905 .....	724
Hill v. Church of Scientology of Toronto .....	[1995] 2 S.C.R. 1130 .....	438
Hill v. The Queen .....	2002 D.T.C. 1749 .....	95
Hinz v. Berry .....	[1970] 2 Q.B. 40 .....	119
Howarth v. Barlow .....	99 N.Y.S. 457 (1906) .....	449
Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) .....	[2008] 2 S.C.R. 561, 2008 SCC 43 .....	733
<b>I</b>		
Ibrahim v. The King.....	[1914] A.C. 599 .....	766
<b>J</b>		
J. L. Guay Ltée v. M.N.R.....	75 D.T.C. 5094 .....	109
Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL.....	[2006] 4 All E.R. 1279, [2006] UKHL 44 .....	440
Jones v. Skelton.....	[1963] 1 W.L.R. 1362 .....	456
Juman v. Doucette.....	[2008] 1 S.C.R. 157, 2008 SCC 8 .....	585
Just v. British Columbia.....	[1989] 2 S.C.R. 1228 .....	559
<b>K</b>		
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2 .....	559
Khadr v. Canada .....	[2006] 2 F.C.R. 505, 2005 FC 1076 .....	132

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729 .....	724
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41 .....	745, 775
<b>L</b>		
L.C. v. P.P. ....	[2005] Q.J. No. 6555 (QL), 2005 QCCA .....	515 795
Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé) .....	(2001), 56 O.R. (3d) 505 .....	540
Lange v. Atkinson.....	[2000] 3 N.Z.L.R. 385 .....	441
Lange v. Australian Broadcasting Corp. ....	(1997), 145 A.L.R. 96 .....	440
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	559
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General).....	[2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61 .....	584
Lavoie v. Canada.....	[2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23 .....	775
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1999] 1 S.C.R. 497 .....	502, 526
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20 .....	206
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.....	[2007] 1 S.C.R. 591, 2007 SCC 14 .....	714, 736
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia.....	[1997] 3 S.C.R. 1145 .....	559
Liddar v. Deputy Head of the Department of Foreign Affairs and International Trade .....	SIRC, No. 1170/LIDD/04, June 7, 2005 .....	346
Loukas v. Young .....	[1968] 3 N.S.W.R. 549 .....	474
Loutchansky v. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5) .....	[2002] 2 W.L.R. 640 [2001] EWCA Civ .....	1805 440
Lovelace v. Ontario.....	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37 .....	510
<b>M</b>		
M. (A.) v. Ryan.....	[1997] 1 S.C.R. 157 .....	775
M.G. v. A.B. ....	J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166 .....	794
Macdonell v. Robinson .....	(1885), 12 O.A.R. 270 .....	457
Machtinger v. HOJ Industries Ltd. ....	[1992] 1 S.C.R. 986 .....	379
Mahe v. Alberta .....	[1990] 1 S.C.R. 342 .....	532
Mallen v. Mallen.....	(1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241 .....	271, 276
Mandel v. The Queen.....	[1979] 1 F.C. 560 .....	91
Mandel v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 318 .....	109
Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.).....	(1987), 50 Man. R. (2d) 92 .....	514
Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.).....	(1988), 55 Man. R. (2d) 203 .....	514
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada.....	[1976] 1 S.C.R. 108 .....	685
May v. Ferndale Institution.....	[2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82 .....	351
McAlister v. McAlister .....	[1996] B.C.J. No. 150 (QL) .....	276
McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal .....	[2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4 .....	397, 570
McKinley v. BC Tel .....	[2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38.....	375
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229 .....	610
McQuire v. Western Morning News Co.....	[1903] 2 K.B. 100 .....	449, 469
Merivale v. Carson.....	(1887), 20 Q.B.D. 275 .....	449, 468
Miglin v. Miglin.....	[2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24 .....	281



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	70
Minott v. O'Shanter Development Co. ....	(1999), 168 D.L.R. (4th) 270 .....	378
Miron v. Trudel.....	[1995] 2 S.C.R. 418 .....	518
Mitchell v. M.N.R. ....	[2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33 .....	537
Mitchell v. Sprott .....	[2002] 1 N.Z.L.R. 766 .....	454
Moge v. Moge .....	[1992] 3 S.C.R. 813 .....	278
Moore v. Moore .....	[1988] B.C.J. No. 740 (QL) .....	276
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council) .....	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11 .....	206
Murdoch v. Murdoch .....	[1975] 1 S.C.R. 423 .....	278
<b>N</b>		
New York Times Co. v. Sullivan .....	376 U.S. 254 (1964) .....	455
<b>O</b>		
O'Neill v. C.P.U.....	(1996), 28 C.H.R.R. D/24 .....	640
Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. v. Baker.....	[1926] S.C.R. 297 .....	444
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536 .....	627
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. ....	[1967] A.C. 617 .....	120
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. ....	[1961] A.C. 388 .....	120
<b>P</b>		
Page v. Smith .....	[1996] 1 A.C. 155 .....	118
Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper .....	[1966] S.C.R. 673.....	387
Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada.....	[1991] 1 C.T.C. 197 .....	102
Pigeon v. Daigneault.....	[2003] R.J.Q. 1090 .....	204, 222
Pigeon v. Proprio Direct inc. ....	J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600 ....	204, 222
Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer).....	[1993] 5 W.W.R. 710 .....	590
Price v. Chicoutimi Pulp Co.....	(1915), 51 S.C.R. 179 .....	427
Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission).....	[2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31 .....	583
Prosko v. The King .....	(1922), 63 S.C.R. 226 .....	766
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1998] 1 S.C.R. 982 .....	206
<b>Q</b>		
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.....	[2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68 .....	716, 721
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City) .....	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27 .....	569, 632
Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice).....	(2003), 175 C.C.C. (3d) 321 .....	14, 70
Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ) .....	[2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311 .....	571
<b>R</b>		
R. v. Archer.....	(2005), 193 C.C.C. (3d) 376 .....	185
R. v. Arp.....	[1998] 3 S.C.R. 339 .....	311, 761, 765

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199 .....	757, 775
R. v. Avetysan .....	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56 .....	160
R. v. B. (S.R.) .....	(2008), 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48 .....	49
R. v. B. (K.G.) .....	[1993] 1 S.C.R. 740 .....	286
R. v. B.S.M. ....	(1995), 100 Man. R. (2d) 151 .....	751
R. v. Bartle .....	[1994] 3 S.C.R. 173 .....	756
R. v. Biniaris .....	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15 .....	257, 297
R. v. Blair .....	(2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205 ..	186
R. v. Braich .....	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27 .....	255
R. v. Burns .....	[1994] 1 S.C.R. 656 .....	256
R. v. C.D. ....	[2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78 .....	23, 690
R. v. C.G. ....	1986 CarswellOnt 1556 .....	750
R. v. C.L.Y. ....	[2008] 1 S.C.R. 5, 2008 SCC 2 .....	158
R. v. Campbell .....	[1999] 1 S.C.R. 565 .....	585
R. v. Carter .....	[1982] 1 S.C.R. 938 .....	765
R. v. Challice .....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546 .....	157
R. v. Chan .....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 184 .....	157
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303 .....	38
R. v. Cheddesingh .....	[2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16 .....	175
R. v. Cook .....	[1998] 2 S.C.R. 597 .....	149
R. v. Couture .....	[2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28 .....	290, 315
R. v. Czibulka .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 199 .....	309
R. v. Daoust.....	[2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6 .....	531, 684, 725
R. v. Drybones .....	[1970] S.C.R. 282 .....	531
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451 .....	350
R. v. Evans .....	[1993] 3 S.C.R. 653 .....	762, 756, 765
R. v. Gagnon .....	[2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17 .....	256
R. v. Gardiner .....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	34
R. v. Goldhart .....	[1996] 2 S.C.R. 463 .....	241
R. v. Gruenke .....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	585
R. v. H. (C.W.) .....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 146 .....	157
R. v. Hamelin .....	(2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742 .....	776
R. v. Handy .....	[2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56 .....	768
R. v. Hape.....	[2007] 2 S.C.R. 292, 2007 SCC 26 .....	133, 147
R. v. Hawkins .....	[1996] 3 S.C.R. 1043 .....	294
R. v. Hebert .....	[1990] 2 S.C.R. 151 .....	774
R. v. Humaid .....	(2006), 208 C.C.C. (3d) 43 .....	320
R. v. I. (L.R.) and T. (E.) .....	[1993] 4 S.C.R. 504 .....	242, 750
R. v. J. (J.T.) .....	[1990] 2 S.C.R. 755 .....	750
R. v. J.G.E.S. ....	[2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004 .....	186
R. v. Johnson.....	[2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46 .....	174
R. v. Jones .....	[1994] 2 S.C.R. 229 .....	20, 182
R. v. K.D.T. ....	(2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60 .....	20, 66
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697 .....	39
R. v. Kendall .....	(2005), 198 C.C.C. (3d) 205 .....	258
R. v. Kent .....	[1994] 3 S.C.R. 133 .....	257

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Khan .....	[1990] 2 S.C.R. 531 .....	324
R. v. Khelawon .....	[2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57 .....	291, 320
R. v. La .....	[1997] 2 S.C.R. 680 .....	350
R. v. Larche .....	[2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56 .....	192
R. v. Latimer .....	[2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1 .....	159
R. v. Levasseur .....	[1994] 3 S.C.R. 518 .....	158
R. v. Lyons .....	[1987] 2 S.C.R. 309 .....	58, 182
R. v. M. (C.A.) .....	[1996] 1 S.C.R. 500 .....	172, 192
R. v. M. (J.S.) .....	(2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66 .....	183
R. v. M. (S.H.) .....	[1989] 2 S.C.R. 446 .....	26
R. v. M.P. .....	[2005] Q.J. No. 78 (QL), 2005 QCCA 7 .....	181
R. v. MacKenzie .....	[1993] 1 S.C.R. 212 .....	158
R. v. Malmo-Levine .....	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74 .....	20, 50
R. v. Manninen .....	[1987] 1 S.C.R. 1233 .....	756
R. v. Mapara .....	[2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23 .....	313
R. v. McClure .....	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14 .....	584
R. v. McDonnell .....	[1997] 1 S.C.R. 948 .....	172
R. v. McIntosh .....	[1995] 1 S.C.R. 686 .....	690
R. v. McKinlay Transport Ltd. ....	[1990] 1 S.C.R. 627 .....	658
R. v. Ménard .....	[2002] Q.J. No. 5271 (QL) .....	183
R. v. Mills .....	[1999] 3 S.C.R. 668 .....	57
R. v. Morgentaler .....	[1988] 1 S.C.R. 30 .....	69
R. v. Morin .....	[1988] 2 S.C.R. 345 .....	157, 257, 771
R. v. Music Explosion Ltd. ....	(1989), 62 Man. R. (2d) 189 .....	517
R. v. Music Explosion Ltd. ....	(1990), 68 Man. R. (2d) 203 .....	517
R. v. N. (T.G.) .....	(2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2 .....	295
R. v. Nicholas .....	[1989] 2 C.N.L.R. 131 .....	535
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	359
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	38, 504, 536
R. v. Oickle .....	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38 .....	354, 760, 766
R. v. Pearson .....	[1992] 3 S.C.R. 665 .....	35, 55
R. v. Plaha .....	(2004), 189 O.A.C. 376 .....	241
R. v. Post .....	(2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123 .....	295
R. v. Prosper .....	[1994] 3 S.C.R. 236 .....	756
R. v. Proulx .....	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5 .....	174
R. v. R. (D.) .....	[1996] 2 S.C.R. 291 .....	256
R. v. R.C. ....	[2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61 .....	29, 695
R. v. Regan .....	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12 .....	359
R. v. S. (S.) .....	(2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481 .....	752
R. v. S. (W.D.) .....	[1994] 3 S.C.R. 521 .....	160
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654 .....	448
R. v. Shearing .....	[2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58 .....	768
R. v. Sheppard .....	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26 .....	252
R. v. Shropshire .....	[1995] 4 S.C.R. 227 .....	20, 172, 192
R. v. Singh .....	[2007] 3 S.C.R. 405, 2007 SCC 48 .....	754, 766

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045 .....	58
R. v. Sparrow .....	[1990] 1 S.C.R. 1075 .....	497, 523
R. v. Starr .....	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40 .....	321
R. v. Steinhauer .....	[1985] 3 C.N.L.R. 187 .....	535
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326 .....	131, 145, 349
R. v. Strachan .....	[1988] 2 S.C.R. 980 .....	241
R. v. Terceira .....	(1998), 15 C.R. (5th) 359 .....	768
R. v. Tran .....	[1994] 2 S.C.R. 951 .....	757, 775
R. v. U. (F.J.) .....	[1995] 3 S.C.R. 764 .....	295
R. v. Ulybel Enterprises Ltd. ....	[2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56 .....	528, 594
R. v. Van der Peet .....	[1996] 2 S.C.R. 507 .....	497, 535
R. v. W. (D.) .....	[1991] 1 S.C.R. 742 .....	154
R. v. W. (G.) .....	[1999] 3 S.C.R. 597 .....	173
R. v. White .....	[1998] 2 S.C.R. 72 .....	768
R. v. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 S.C.R. 154 .....	38
R. v. Wills .....	(1992), 70 C.C.C. (3d) 529 .....	775
R. v. Yebe .....	[1987] 2 S.C.R. 168 .....	297
R. v. Jensen .....	[1961] O.R. 703 .....	751
R. v. Young .....	(1997), 116 C.C.C. (3d) 350 .....	775
R. v. Zeolkowski .....	[1989] 1 S.C.R. 1378 .....	633
Rasul v. Bush .....	542 U.S. 466 (2004) .....	135
Rathwell v. Rathwell .....	[1978] 2 S.C.R. 436 .....	278
Re A. ....	[1975] 5 W.W.R. 425 .....	751
Re B.C. Motor Vehicle Act .....	[1985] 2 S.C.R. 486 .....	21
Re M and The Queen .....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 116 .....	517
Re Rebic and The Queen .....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 196 .....	517
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987] 1 S.C.R. 1148 .....	530
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	528
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.) .....	[1991] 1 S.C.R. 252 .....	30
Renouf v. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd. ....	(1977), 17 A.C.T.R. 35 .....	477
Reynolds v. Times Newspapers Ltd. ....	[1999] 4 All E.R. 609 .....	439, 469
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	661
Ross v. New Brunswick Teachers' Assn. ....	(2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62 .....	442, 469
Rothman v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 640 .....	766
Ruby v. Canada (Solicitor General) .....	[2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75 .....	352
Rutherford v. Rutherford .....	(1981), 23 R.F.L. (2d) 337 .....	271
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 573 .....	438
<b>S</b>		
Schreiber v. Canada (Attorney General) .....	[2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62 .....	684, 725
Schwartz v. Canada .....	[1996] 1 S.C.R. 254 .....	777
Scott v. Fulton .....	(2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124 .....	456
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria .....	[1981] 2 S.C.R. 181 .....	393, 401
Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission) .....	(2000), 37 C.H.R.R. D/466 .....	535
Sim v. Stretch .....	(1936), 52 T.L.R. 669 .....	461

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	632
Slim v. Daily Telegraph Ltd.....	[1968] 1 All E.R. 497 .....	447, 467
Smith v. Jones .....	[1999] 1 S.C.R. 455 .....	585
Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.....	[1967] 1 All E.R. 518 .....	624
Soane v. Knight.....	(1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086 .....	468
Solosky v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 821 .....	585
Soucie v. Transit Employees' Health Benefit Plan .....	[2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322 .....	640
St-Jean v. Mercier .....	[2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15 .....	401
Stefanuk v. Municipal Pension Board of Trustees .....	(2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19 .....	640
Stein v. Stein .....	[2008] 2 S.C.R. 263, 2008 SCC 35 .....	789
Stein v. The Ship "Kathy K" .....	[1976] 2 S.C.R. 802 .....	777
Stewart v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 748 .....	771
Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple .....	[1965] S.C.R. 302 .....	428
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 .....	137, 149, 353
Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1969] 2 Ex. C.R. 408 .....	624
Swiss Bank Corp. v. M.N.R.....	[1974] S.C.R. 1144 .....	97

## T

Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director).....	[2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74 .....	540
Tame v. New South Wales .....	(2002), 211 C.L.R. 317 [2002] HCA 35 .....	121
Tearle v. Tearle.....	[1985] B.C.J. No. 1241 (QL) .....	276
Telnikoff v. Matusevitch.....	[1991] 3 W.L.R. 952 .....	453
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool.....	[1983] 1 S.C.R. 205.....	557
Therrien (Re) .....	[2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35 .....	707, 721
Toth v. Toth .....	(1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 .....	280

## U

United States v. Burns .....	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7 .....	137, 149
University of British Columbia v. Berg .....	[1993] 2 S.C.R. 353 .....	632

## V

Vander Zalm v. Times Publishers .....	(1979), 96 D.L.R. (3d) 172 .....	445
Vander Zalm v. Times Publishers .....	(1980), 109 D.L.R. (3d) 531 .....	445, 461
Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada .....	(1999), 48 O.R. (3d) 228 .....	119
Volkow v. Summit Logistics Inc. ....	(2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43 .....	640
Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 1085 .....	387

## W

Walker v. Ritchie .....	[2006] 2 S.C.R. 428, 2006 SCC 45 .....	400
Wallace v. United Grain Growers Ltd.....	[1997] 3 S.C.R. 701 .....	374, 400
Watt v. Longsdon .....	[1930] 1 K.B. 130 .....	476

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Wawang Forest Products Ltd. v. The Queen .....	2001 D.T.C. 5212, 2001 FCA 80 .....	87, 108
Webb v. Webb .....	(1994), 135 N.S.R. (2d) 161 .....	271
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg .....	[1971] S.C.R. 957 .....	559
White v. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1998] 3 W.L.R. 1509 .....	121
Whiten v. Pilot Insurance Co. ....	[2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18 .....	376
Winter v. Inland Revenue Commissioners .....	[1963] A.C. 235 .....	87, 109
<b>Y</b>		
Young v. Young .....	[1993] 4 S.C.R. 3 .....	270
<b>Z</b>		
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission) .....	[1992] 2 S.C.R. 321 .....	613, 631

# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE

RENOI

PAGE

## A

Addis c. Gramophone Co. ....	[1909] A.C. 488 .....	387
Adler c. Ontario .....	[1996] 3 R.C.S. 609 .....	531
Andrews c. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 R.C.S. 143 .....	501, 584
Anns c. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728 .....	117, 556
Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp.....	(1998), 28 C.P.C. (4th) 60 .....	588
Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée.....	[1981] 1 R.C.S. 699 .....	508

## B

Bardal c. Globe & Mail Ltd.....	(1960), 24 D.L.R. (2d) 140 .....	373
Bartrop c. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1978), 25 N.S.R. (2d) 637 .....	446
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan .....	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20 .....	206
Beaulieu c. R.....	[2007] J.Q. n° 2116 (QL), 2007 QCCA 403 .....	182
Bégin c. Richmond School Dist. No. 38 .....	(2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT 60 .....	640
Best c. Best.....	[1999] 2 R.C.S. 868 .....	281
Blank c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39 .....	585
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission).....	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44 .....	68, 351
Bogdanich c. Summit Logistics Inc. ....	(2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292 ...	640
Bonnick c. Morris .....	[2003] 1 A.C. 300, [2002] UKPC 31 .....	440
Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.....	[1995] 3 R.C.S. 3 .....	441
Boudreau c. The King.....	[1949] R.C.S. 262 .....	766
Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc. ....	(1999), 214 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 111 .....	379
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)....	[1988] 2 R.C.S. 279 .....	631
Byers c. Prince George (City) Downtown Parking Commission.....	(1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 .....	379

## C

Campbell c. British Columbia (Attorney General) .....	[2000] 4 C.N.L.R. 1 .....	535
Campbell c. Spottiswoode .....	(1863), 3 B. & S. 769, 122 E.R. 288 .....	469
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	[2000] A.C.F. n° 480 (QL) .....	595
Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'informa- tion).....	[2005] 4 R.C.F. 673, 2005 CAF 199 .....	595
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général) .....	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4 .....	20
Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp. ....	[2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36 .....	585
Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal .....	[2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4 .....	398, 570
Chamberlain c. Surrey School District No. 36.....	[2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86 .....	775

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Chambre immobilière du Grand Montréal c. Association des courtiers et agents immobiliers du Québec.....	[2007] R.J.Q. 504 .....	213
Channel Seven Adelaide Pty. Ltd. c. Manock .....	(2007), 241 A.L.R. 468, [2007] HCA 60 ...	454
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	[2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9 .....	49, 333
Charleston c. News Group Newspapers Ltd.....	[1995] 2 W.L.R. 450 .....	473
Cheng c. Tse Wai Chun .....	(2000), 3 H.K.C.F.A.R. 339 .....	467
Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd. ....	[1979] 1 R.C.S. 1067 .....	428, 461
Christie c. Westcom Radio Group Ltd. ....	(1990), 75 D.L.R. (4th) 546 .....	476
Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général).....	[2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13 .....	589
Clarke c. Clarke .....	[1990] 2 R.C.S. 795 .....	281
Clarkson c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 383 .....	756, 775
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU.....	[1999] 3 R.C.S. 3 .....	566, 611, 627, 732
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights) .....	[1999] 3 R.C.S. 868 .....	615
Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.....	(1998), 38 O.R. (3d) 97 .....	456
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 R.C.S. 536 .....	627
Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) .....	(2000), 37 C.H.R.R. D/466 .....	535
Cooper c. Hobart.....	[2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79 .....	118, 556
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) .....	[1999] 2 R.C.S. 203 .....	519, 539
Corneau c. R. ....	[2001] R.J.Q. 2509 .....	183
Cunningham c. Canada .....	[1993] 2 R.C.S. 143 .....	57
Cusson c. Quan .....	(2007), 231 O.A.C. 277, 2007 ONCA 771 ..	440

## D

D.G.A. c. K.J.A. ....	[2003] B.C.J. No. 2711 (QL), 2003 BCSC 1736 .....	277
Dagenais c. Société Radio-Canada .....	[1994] 3 R.C.S. 835 .....	429, 775
Danish c. Danish.....	(1981), 33 B.C.L.R. 176 .....	276
Davis & Sons c. Shepstone .....	(1886), 11 App. Cas. 187 .....	462
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	498, 540
Descôteaux c. Mierzwinski .....	[1982] 1 R.C.S. 860 .....	585
Devji c. Burnaby (District) .....	(1999), 180 D.L.R. (4th) 205, 1999 BCCA 599 .....	121
Dickason c. Université de l'Alberta .....	[1992] 2 R.C.S. 1103 .....	610
Donoghue c. Stevenson.....	[1932] A.C. 562 .....	117
Doyle c. Sparrow .....	(1979), 27 O.R. (2d) 206 .....	438
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19 .....	206
Droit de la famille — 1395.....	[1993] R.J.Q. 1659 .....	792
Droit de la famille — 1511 .....	J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138 .....	792
Droit de la famille — 1893.....	[1993] R.J.Q. 2806 .....	791
Droit de la famille — 1907.....	J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103 .....	792
Droit de la famille — 1953 .....	J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386 .....	794
Droit de la famille — 2659.....	J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439 .....	792
Dumas c. Centre de détention Leclerc .....	[1986] 2 R.C.S. 459 .....	49



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	[2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9 .....	205
<b>E</b>		
Englander c. TELUS Communications Inc.....	[2005] 2 R.C.F. 572, 2004 CAF 387 .....	586
États-Unis c. Burns.....	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7 .....	137, 149
<b>F</b>		
F.N. (Re).....	[2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35 .....	69
Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie .....	[2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30 .....	124, 387
<b>G</b>		
G. (J.S.) v. G. (A.G.) .....	(2005), 20 R.F.L. (6th) 143, 2005 BCSC 1457 .....	277
Global Communications Ltd. c. Canada .....	[1999] A.C.F. n° 966 (QL) .....	92
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels).....	[2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31 .....	585
Gould c. Yukon Order of Pioneers .....	[1996] 1 R.C.S. 571 .....	632
Grove c. Grove.....	[1996] B.C.J. No. 658 (QL) .....	271
<b>H</b>		
Hadley c. Baxendale .....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145 .....	124, 389
Hamdan c. Rumsfeld .....	126 S. Ct. 2749 (2006) .....	135
Hammerling c. La Reine .....	[1982] 2 R.C.S. 905 .....	724
Hill c. Canada .....	[2002] A.C.I. n° 220 (QL) .....	95
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130 .....	438
Hinz c. Berry .....	[1970] 2 Q.B. 40.....	118
Howarth c. Barlow .....	99 N.Y.S. 457 (1906) .....	449
Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) .....	[2008] 2 R.C.S. 561, 2008 CSC 43 .....	733
Hypothèques Trustco Canada c. Canada.....	[2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54 .....	661
<b>I</b>		
Ibrahim c. The King .....	[1914] A.C. 599 .....	766
<b>J</b>		
J. L. Guay Ltée c. M.R.N.....	[1975] C.T.C. 97 .....	109
Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL.....	[2006] 4 All E.R. 1279 [2006] UKHL 44... 440	440
Jones c. Skelton.....	[1963] 1 W.L.R. 1362 .....	456
Juman c. Doucette.....	[2008] 1 R.C.S. 157, 2008 CSC 8 .....	585
Just c. Colombie-Britannique .....	[1989] 2 R.C.S. 1228 .....	559

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
<b>K</b>		
Kamloops (Ville de) c. Nielsen .....	[1984] 2 R.C.S. 2 .....	559
Khadr c. Canada .....	[2006] 2 R.C.F. 505, 2005 CF 1076 .....	132
Kienapple c. La Reine.....	[1975] 1 R.C.S. 729 .....	724
Korponay c. Procureur général du Canada .....	[1982] 1 R.C.S. 41 .....	745, 775
<b>L</b>		
L.C. c. P.P. ....	[2005] J.Q. n° 6555 (QL), 2005 QCCA .....	515 795
La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 R.C.S. 205.....	557
Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé) .....	(2001), 56 O.R. (3d) 577 .....	540
Lange c. Atkinson.....	[2000] 3 N.Z.L.R. 385 .....	441
Lange c. Australian Broadcasting Corp. ....	(1997), 145 A.L.R. 96 .....	440
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705 .....	559
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général).....	[2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61 .....	584
Lavoie c. Canada.....	[2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23 .....	775
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497 .....	502, 526
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ....	[2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14 .....	714, 736
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1145 .....	559
Liddar c. Administrateur général du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international .....	CSARS, n° 1170/LIDD/04, 7 juin 2005 .....	346
Loukas c. Young .....	[1968] 3 N.S.W.R. 549 .....	474
Loutchansky c. Times Newspapers Ltd. (Nos. 2-5).....	[2002] 2 W.L.R. 640, [2001] EWCA Civ 1805 .....	440
Lovelace c. Ontario.....	[2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37 .....	510
<b>M</b>		
M. (A.) c. Ryan.....	[1997] 1 R.C.S. 157 .....	775
M.G. c. A.B. ....	J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166 .....	794
Macdonell c. Robinson .....	(1885), 12 O.A.R. 270 .....	457
Machtinger c. HOJ Industries Ltd. ....	[1992] 1 R.C.S. 986 .....	379
Mahe c. Alberta .....	[1990] 1 R.C.S. 342 .....	532
Mallen c. Mallen.....	(1992), 65 B.C.L.R. (2d) 241 .....	271, 277
Mandel c. La Reine.....	[1979] 1 C.F. 560 .....	91
Mandel c. La Reine.....	[1980] 1 R.C.S. 318 .....	109
Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.).....	(1987), 50 Man. R. (2d) 92 .....	514
Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.).....	(1988), 55 Man. R. (2d) 263 .....	514
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada.....	[1976] 1 R.C.S. 108 .....	685
May c. Établissement Ferndale.....	[2005] 3 R.C.S. 809, 2005 CSC 82 .....	351
McAlister c. McAlister .....	[1996] B.C.J. No. 150 (QL) .....	277
McKinley c. BC Tel.....	[2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38 .....	375
McKinney c. Université de Guelph .....	[1990] 3 R.C.S. 229 .....	610
McQuire c. Western Morning News Co. ....	[1903] 2 K.B. 100 .....	449, 469
Merivale c. Carson.....	(1887), 20 Q.B.D. 275 .....	449, 468

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Miglin c. Miglin.....	[2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24 .....	281
Mills c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 863 .....	70
Minott c. O'Shanter Development Co. ....	(1999), 168 D.L.R. (4th) 270 .....	378
Miron c. Trudel.....	[1995] 2 R.C.S. 418 .....	518
Mitchell c. M.R.N.....	[2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33 .....	537
Mitchell c. Sprott .....	[2002] 1 N.Z.L.R. 766 .....	454
Moge c. Moge .....	[1992] 3 R.C.S. 813 .....	278
Moore c. Moore .....	[1988] B.C.J. No. 740 (QL) .....	277
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature).....	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11 .....	206
Murdoch c. Murdoch .....	[1975] 1 R.C.S. 423 .....	278
<b>N</b>		
Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts).....	[2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 .....	540
New York Times Co. c. Sullivan .....	376 U.S. 254 (1964) .....	455
<b>O</b>		
O'Neill c. C.P.U. ....	(1996), 28 C.H.R.R. D/24 .....	640
Ontario Equitable Life and Accident Insurance Co. c. Baker.....	[1926] R.C.S. 297 .....	444
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty. ....	[1967] A.C. 617 .....	121
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.....	[1961] A.C. 388 .....	120
<b>P</b>		
Page c. Smith .....	[1996] 1 A.C. 155 .....	118
Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper .....	[1966] R.C.S. 673 .....	387
Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada.....	[1991] A.C.F. n° 21 (QL) .....	102
Pigeon c. Daigneault.....	[2003] R.J.Q. 1090 .....	204, 222
Pigeon c. Proprio Direct inc. ....	J.E. 2003-1780, SOQUIJ AZ-50192600 ....	205, 222
Pocklington Foods Inc. c. Alberta (Provincial Treasurer).....	[1993] 5 W.W.R. 710 .....	590
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet).....	[2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74 .....	540
Price c. Chicoutimi Pulp Co.....	(1915), 51 R.C.S. 179 .....	427
Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne) .....	[2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31 .....	583
Procureur général du Canada c. Lavell .....	[1974] R.C.S. 1349 .....	531
Prosko c. The King .....	(1922), 63 R.C.S. 226 .....	766
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982 .....	206
<b>Q</b>		
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc. ....	[2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68 .....	716, 721
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville).....	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27 .....	569, 662

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2003] R.J.Q. 1118 .....	14, 70
Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ) .....	[2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311 .....	571

## R

R. c. Archer.....	(2005), 193 C.C.C. (3d) 376 .....	185
R. c. Arp.....	[1998] 3 R.C.S. 339 .....	311, 761, 765
R. c. Askov.....	[1990] 2 R.C.S. 1199 .....	757, 775
R. c. Avetytan .....	[2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56 .....	160
R. c. B. (K.G.) .....	[1993] 1 R.C.S. 740 .....	286
R. c. B. (S.R.) .....	(2008) 166 C.R.R. (2d) 15, 2008 ABQB 48 .....	49
R. c. B.S.M.....	(1995), 100 Man. R. (2d) 151 .....	751
R. c. Bartle.....	[1994] 3 R.C.S. 173 .....	756
R. c. Biniaris .....	[2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15 .....	257, 297
R. c. Blair.....	(2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205 ..	186
R. c. Braich .....	[2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27 .....	255
R. c. Burns .....	[1994] 1 R.C.S. 656 .....	256
R. c. C.D.....	[2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78 .....	23, 690
R. c. C.G.....	1986 CarswellOnt 1556 .....	750
R. c. C.L.Y.....	[2008] 1 R.C.S. 5, 2008 CSC 2 .....	158
R. c. Campbell .....	[1999] 1 R.C.S. 565 .....	585
R. c. Carter.....	[1982] 1 R.C.S. 938 .....	765
R. c. Challice .....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546 .....	157
R. c. Chan .....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 184 .....	157
R. c. Chauk .....	[1990] 3 R.C.S. 1303 .....	38
R. c. Cheddesingh.....	[2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16 .....	175
R. c. Cook .....	[1998] 2 R.C.S. 597 .....	149
R. c. Couture.....	[2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28 .....	290, 315
R. c. Czibulka .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 199 .....	309
R. c. Daoust.....	[2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6 .....	531, 684, 725
R. c. Drybones .....	[1970] R.C.S. 282 .....	531
R. c. Egger.....	[1993] 2 R.C.S. 451 .....	350
R. c. Evans .....	[1993] 3 R.C.S. 653 .....	756, 762, 765
R. c. Gagnon.....	[2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17 .....	256
R. c. Gardiner.....	[1982] 2 R.C.S. 368 .....	34
R. c. Goldhart.....	[1996] 2 R.C.S. 463 .....	241
R. c. Gruenke.....	[1991] 3 R.C.S. 263 .....	585
R. c. H. (C.W.) .....	(1991), 68 C.C.C. (3d) 146 .....	157
R. c. Hamelin.....	(2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742.....	776
R. c. Handy .....	[2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56 .....	768
R. c. Hape.....	[2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26 .....	133, 147
R. c. Hawkins.....	[1996] 3 R.C.S. 1043 .....	294
R. c. Hebert.....	[1990] 2 R.C.S. 151 .....	774
R. c. Humaid.....	(2006), 208 C.C.C. (3d) 43 .....	320
R. c. I. (L.R.) et T. (E.).....	[1993] 4 R.C.S. 504 .....	242, 750

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. J. (J.T.).....	[1990] 2 R.C.S. 755 .....	751
R. c. J.G.E.S. ....	[2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004 .....	186
R. c. Johnson.....	[2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46 .....	174
R. c. Jones .....	[1994] 2 R.C.S. 229 .....	20, 182
R. c. K.D.T.....	(2006), 222 B.C.A.C. 160, 2006 BCCA 60 .....	20, 66
R. c. Keegstra.....	[1990] 3 R.C.S. 697 .....	39
R. c. Kendall .....	(2005), 198 C.C.C. (3d) 205 .....	258
R. c. Kent .....	[1994] 3 R.C.S. 133 .....	257
R. c. Khan .....	[1990] 2 R.C.S. 531 .....	324
R. c. Khelawon.....	[2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57 .....	291, 320
R. c. La.....	[1997] 2 R.C.S. 680 .....	350
R. c. Larche.....	[2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56 .....	192
R. c. Latimer .....	[2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1 .....	159
R. c. Levasseur.....	[1994] 3 R.C.S. 518 .....	158
R. c. Lyons .....	[1987] 2 R.C.S. 309 .....	58, 182
R. c. M. (C.A.).....	[1996] 1 R.C.S. 500 .....	172, 192
R. c. M. (J.S.).....	(2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66 .....	183
R. c. M. (S.H.) .....	[1989] 2 R.C.S. 446 .....	26
R. c. M.P.....	[2005] J.Q. n° 78 (QL), 2005 QCCA 7 .....	181
R. c. MacKenzie.....	[1993] 1 R.C.S. 212 .....	158
R. c. Malmo-Levine.....	[2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74 .....	20, 50
R. c. Manninen .....	[1987] 1 R.C.S. 1233 .....	756
R. c. Mapara.....	[2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23 .....	313
R. c. McClure.....	[2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14 .....	584
R. c. McDonnell.....	[1997] 1 R.C.S. 948 .....	172
R. c. McIntosh.....	[1995] 1 R.C.S. 686 .....	690
R. c. McKinlay Transport Ltd. ....	[1990] 1 R.C.S. 627 .....	658
R. c. Ménard.....	[2002] J.Q. n° 5271 (QL) .....	183
R. c. Mills .....	[1999] 3 R.C.S. 668 .....	57
R. c. Morgentaler .....	[1988] 1 R.C.S. 30 .....	69
R. c. Morin.....	[1988] 2 R.C.S. 345 .....	157, 257, 771
R. c. Music Explosion Ltd. ....	(1989), 62 Man. R. (2d) 189 .....	517
R. c. Music Explosion Ltd. ....	(1990), 68 Man. R. (2d) 203 .....	517
R. c. N. (T.G.).....	(2007), 216 C.C.C. (3d) 329, 2007 BCCA 2 .....	295
R. c. Nicholas .....	[1989] 2 C.N.L.R. 131 .....	535
R. c. O'Connor .....	[1995] 4 R.C.S. 411 .....	359
R. c. Oakes.....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	38, 504, 536
R. c. Oickle .....	[2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38 .....	354, 760, 766
R. c. Pearson .....	[1992] 3 R.C.S. 665 .....	35, 55
R. c. Plaha .....	(2004), 189 O.A.C. 376 .....	241
R. c. Post .....	(2007), 217 C.C.C. (3d) 225, 2007 BCCA 123 .....	295
R. c. Prosper.....	[1994] 3 R.C.S. 236 .....	756

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Proulx .....	[2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5 .....	174
R. c. R. (D.) .....	[1996] 2 R.C.S. 291 .....	256
R. c. R.C. ....	[2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61 .....	28, 695
R. c. Regan .....	[2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12 .....	359
R. c. S. (S.) .....	(2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481 .....	752
R. c. S. (W.D.) .....	[1994] 3 R.C.S. 521 .....	160
R. c. Salituro .....	[1991] 3 R.C.S. 654 .....	448
R. c. Shearing .....	[2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58 .....	768
R. c. Sheppard .....	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26 .....	252
R. c. Shropshire .....	[1995] 4 R.C.S. 227 .....	20, 172, 192
R. c. Singh .....	[2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48 .....	754, 766
R. c. Smith .....	[1987] 1 R.C.S. 1045 .....	58
R. c. Sparrow .....	[1990] 1 R.C.S. 1075 .....	497, 523
R. c. Starr .....	[2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40 .....	321
R. c. Steinhauer .....	[1985] 3 C.N.L.R. 187 .....	535
R. c. Stinchcombe .....	[1991] 3 R.C.S. 326 .....	131, 145, 349
R. c. Strachan .....	[1988] 2 R.C.S. 980 .....	241
R. c. Terceira .....	(1998), 15 C.R. (5th) 359 .....	768
R. c. Tran .....	[1994] 2 R.C.S. 951 .....	757, 775
R. c. U. (F.J.) .....	[1995] 3 R.C.S. 764 .....	295
R. c. Ulybel Enterprises Ltd. ....	[2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56 .....	528, 594
R. c. Van der Peet .....	[1996] 2 R.C.S. 507 .....	497, 535
R. c. W. (D.) .....	[1991] 1 R.C.S. 742 .....	154
R. c. W. (G.) .....	[1999] 3 R.C.S. 597 .....	173
R. c. White .....	[1998] 2 R.C.S. 72 .....	768
R. c. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 R.C.S. 154 .....	39
R. c. Wills .....	(1992), 70 C.C.C. (3d) 529 .....	775
R. c. Yebes .....	[1987] 2 R.C.S. 168 .....	297
R. c. Yensen .....	[1961] O.R. 703 .....	751
R. c. Young .....	(1997), 116 C.C.C. (3d) 350 .....	775
R. c. Zeolkowski .....	[1989] 1 R.C.S. 1378 .....	633
Rasul c. Bush .....	542 U.S. 466 (2004) .....	135
Rathwell c. Rathwell .....	[1978] 2 R.C.S. 436 .....	278
Re A. ....	[1975] 5 W.W.R. 425 .....	751
Re M and The Queen .....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 116 .....	517
Re Rebic and The Queen .....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 196 .....	517
Renouf c. Federal Capital Press of Australia Pty. Ltd. ....	(1977), 17 A.C.T.R. 35 .....	477
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B. ....	[1985] 2 R.C.S. 486 .....	21
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.) .....	[1991] 1 R.C.S. 252 .....	30
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	528
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987] 1 R.C.S. 1148 .....	530
Reynolds c. Times Newspapers Ltd. ....	[1999] 4 All E.R. 609 .....	440, 469
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	661
Ross c. New Brunswick Teachers' Assn. ....	(2001), 201 D.L.R. (4th) 75, 2001 NBCA 62 .....	442, 469
Rothman c. La Reine .....	[1981] 1 R.C.S. 640 .....	766

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Ruby c. Canada (Solliciteur général).....	[2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75 .....	352
Rutherford c. Rutherford .....	(1981), 23 R.F.L. (2d) 337 .....	271
<b>S</b>		
Schreiber c. Canada (Procureur général) .....	[2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62 .....	684, 725
Schwartz c. Canada .....	[1996] 1 R.C.S. 254.....	777
Scott c. Fulton.....	(2000), 73 B.C.L.R. (3d) 392, 2000 BCCA 124 .....	456
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 573 .....	438
Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria.....	[1981] 2 R.C.S. 181 .....	393, 401
Sim c. Stretch.....	(1936), 52 T.L.R. 669 .....	461
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	632
Slim c. Daily Telegraph Ltd.....	[1968] 1 All E.R. 497 .....	447, 467
Smith c. Jones .....	[1999] 1 R.C.S. 455 .....	585
Snook c. London & West Riding Investments, Ltd.....	[1967] 1 All E.R. 518 .....	624
Soane c. Knight.....	(1827), M. & M. 74, 173 E.R. 1086 .....	468
Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ....	[2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18 .....	585
Solosky c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 821 .....	585
Soucie c. Transit Employees' Health Benefit Plan .....	[2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322 .....	640
St-Jean c. Mercier .....	[2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15 .....	401
Stefanuk c. Municipal Pension Board of Trustees .....	(2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19 .....	640
Stein c. Le navire « Kathy K » .....	[1976] 2 R.C.S. 8027.....	777
Stein c. Stein .....	[2008] 2 R.C.S. 263, 2008 CSC 35 .....	789
Stewart c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 748 .....	771
Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple .....	[1965] R.C.S. 302 .....	428
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)....	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1 ....	137, 149, 353
Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue.....	[1969] 2 R.C. de l'É. 408 .....	624
Swiss Bank Corp. c. M.N.R.....	[1974] R.C.S. 1144 .....	97
<b>T</b>		
Tame c. New South Wales .....	(2002), 211 C.L.R. 317, [2002] HCA 35 .....	121
Tearle c. Tearle.....	[1985] B.C.J. No. 1241 (QL) .....	277
Telnikoff c. Matusevitch.....	[1991] 3 W.L.R. 952 .....	453
Therrien (Re) .....	[2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35 .....	707, 721
Toth c. Toth .....	(1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 .....	280
<b>U</b>		
Université de la Colombie-Britannique c. Berg .....	[1993] 2 R.C.S. 353 .....	632
<b>V</b>		
Vander Zalm c. Times Publishers .....	(1979), 96 D.L.R. (3d) 172 .....	445
Vander Zalm c. Times Publishers .....	(1980), 109 D.L.R. (3d) 531 .....	445, 461

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada .....	(1999), 48 O.R. (3d) 228 .....	119
Volkow c. Summit Logistics Inc. ....	(2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43 .....	640
Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia.....	[1989] 1 R.C.S. 1085 .....	387
<b>W</b>		
Walker c. Ritchie .....	[2006] 2 R.C.S. 428, 2006 CSC 45 .....	400
Wallace c. United Grain Growers Ltd.....	[1997] 3 R.C.S. 701 .....	374, 400
Watt c. Longsdon .....	[1930] 1 K.B. 130 .....	476
Wawang Forest Products Ltd. c. Canada.....	[2001] A.C.F. n <sup>o</sup> 449 (QL), 2001 CAF 80 .....	87, 108
Webb c. Webb .....	(1994), 135 N.S.R. (2d) 161 .....	271
Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg.....	[1971] R.C.S. 957 .....	559
White c. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1998] 3 W.L.R. 1509 .....	121
Whiten c. Pilot Insurance Co.....	[2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18 .....	376
Winter c. Inland Revenue Commissioners .....	[1963] A.C. 235 .....	87, 109
<b>Y</b>		
Young c. Young.....	[1993] 4 R.C.S. 3 .....	270
<b>Z</b>		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne) .....	[1992] 2 R.C.S. 321 .....	613, 631



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>B</b>		s. 65(1) .....	263
		s. 66(1) .....	263
		s. 66(2) .....	263
<b>H</b>			
		<i>Human Rights Code</i> , R.S.N.B. 1973, c. H-11	
		s. 3(5) .....	604
		s. 3(6)(a) .....	604
<b>I</b>			
		<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27	
		s. 78 .....	326
		<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
		s. 66.1(6) "Canadian exploration expense" (a) .....	79
		s. 69(1)(a) .....	79
		s. 230 .....	643
		s. 231.1 .....	643
		s. 231.2 .....	643
		s. 251(1) .....	79
<b>P</b>			
		<i>Personal Information Protection and Electronic Documents Act</i> , S.C. 2000, c. 5	
		s. 9(3) .....	574
		s. 12 .....	574
<b>R</b>			
		<i>Real Estate Brokerage Act</i> , R.S.Q., c. C-73.1	
		s. 35(11) .....	195
		s. 43 .....	195
		s. 74(17) .....	195
		s. 155(5) .....	195
		s. 155(15) .....	195
<b>F</b>			
		<i>Family Relations Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 128	
		s. 56(1) .....	263
		s. 56(2) .....	263
<b>C</b>			
		<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	
		s. 1 .....	3
		s. 7 .....	3, 125, 326
		s. 15 .....	483
		s. 24(2) .....	235
		s. 25 .....	483
		<i>Canadian Security Intelligence Service Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-23	
		s. 12 .....	326
		<i>Charter of human rights and freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12	
		s. 18.2 .....	698
		s. 20 .....	698
		<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64	
		s. 422 .....	781
		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
		s. 718 .....	163
		s. 718.1 .....	163
		s. 718.2 .....	163
		s. 718.3 .....	163
		s. 753.1 .....	163
		<i>Criminal Records Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-47	
		s. 6.1 .....	698
<b>B</b>			
		<i>By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec</i> , R.R.Q., c. C-73.1, r. 2	
		s. 85 .....	195
		s. 96 .....	195

	PAGE		PAGE
<b>Y</b>			
<i>Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1</i>		<i>Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1</i>	
s. 26(2) .....	195	s. 39(1)(c) .....	675
<i>Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5</i>		s. 62 .....	3
s. 13 .....	195	s. 63 .....	3
		s. 64(1) .....	3
		s. 64(5) .....	3
		s. 70 .....	3
		s. 72(1) .....	3
		s. 72(2) .....	3
		s. 73(1) .....	3
		s. 75 .....	3
		s. 110(2)(b) .....	3
		s. 146 .....	739

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		art. 230 .....	643
art. 1 .....	3	art. 231.1 .....	643
art. 7 .....	3, 125, 326	art. 231.2 .....	643
art. 15 .....	483	art. 251(1) .....	79
art. 24(2) .....	235	<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
art. 25 .....	483	art. 78 .....	326
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> , L.R.Q., ch. C-12		<i>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</i> , L.C. 2000, ch. 5	
art. 18.2 .....	698	art. 9(3) .....	574
art. 20 .....	698	art. 12 .....	574
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		<i>Loi sur le casier judiciaire</i> , L.R.C. 1985, ch. C-47	
art. 422 .....	781	art. 6.1 .....	698
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi sur le courtage immobilier</i> , L.R.Q., ch. C-73.1	
art. 718 .....	163	art. 35(11) .....	195
art. 718.1 .....	163	art. 43 .....	195
art. 718.2 .....	163	art. 74(17) .....	195
art. 718.3 .....	163	art. 155(5) .....	195
art. 753.1 .....	163	art. 155(15) .....	195
<i>Code des droits de la personne</i> , L.R.N.-B. 1973, ch. H-11		<i>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité</i> , L.R.C. 1985, ch. C-23	
art. 3(5) .....	604	art. 12 .....	326
art. 3(6)a) .....	604	<i>Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents</i> , L.C. 2002, ch. 1	
<b>F</b>			
<i>Family Relations Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 128		art. 39(1)c) .....	675
art. 56(1) .....	263	art. 62 .....	3
art. 56(2) .....	263	art. 63 .....	3
art. 65(1) .....	263	art. 64(1) .....	3
art. 66(1) .....	263	art. 64(5) .....	3
art. 66(2) .....	263	art. 70 .....	3
<b>L</b>			
<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 <sup>e</sup> suppl.)		art. 72(1) .....	3
art. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada » a) .....	79	art. 72(2) .....	3
art. 69(1)a) .....	79	art. 73(1) .....	3
		art. 75 .....	3
		art. 110(2)b) .....	3
		art. 146 .....	739

	PAGE		PAGE
<b>R</b>			
<i>Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier</i> , R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1		<i>Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec</i> , R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5	
art. 26(2) .....	195	art. 13 .....	195
<i>Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec</i> , R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2			
art. 85 .....	195		
art. 96 .....	195		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Anand, Sanjeev S. “Catalyst for Change: The History of Canadian Juvenile Justice Reform” (1999), 24 <i>Queen’s L.J.</i> 515. ....	54
Arbour, Jane M. “The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2003), 21 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 3. ....	532
Baines, Beverley. “Equality, Comparison, Discrimination, Status”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., <i>Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter</i> . Toronto: Irwin Law, 2006, 73. ....	505
Bala, Nicholas. “Dealing with Violent Young Offenders: Transfer to Adult Court and Bill C-58” (1990), 9 <i>Can. J. Fam. L. Rev./Can. D. Fam.</i> 11. ....	54
Bala, Nicholas. “The 1995 <i>Young Offenders Act</i> Amendments: Compromise or Confusion?” (1994), 26 <i>Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa</i> 643. ....	54
Bala, Nicholas. <i>Young Offenders Law</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997. ....	36
Bala, Nicholas. <i>Youth Criminal Justice Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2003. ....	25, 52, 749
Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. “The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts”. In Ruth M. Mann, ed., <i>Juvenile Crime and Delinquency: A Turn of the Century Reader</i> . Toronto: Canadian Scholars’ Press, 2000, 45. ....	24
Barsalou, Claude. <i>Le contrat de courtage immobilier : vente d’un immeuble résidentiel de moins de cinq logements</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1996. ....	220
Bartlett, Richard H. “Survey of Canadian Law: Indian and Native Law” (1983), 15 <i>Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa</i> 431. ....	534
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, “ <i>bona fide</i> ”. ....	622, 637
Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. “Breaking the <i>Law’s</i> Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 33. ....	504
Brisson, Jean-Maurice, and Nicholas Kasirer. “The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat: from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991”, in DeLloyd J. Guth and W. Wesley Pue, eds., <i>Canada’s Legal Inheritances</i> . Winnipeg: Canadian Legal History Project, 2001, 406. ....	792
Brown, Raymond E. <i>Defamation Law: A Primer</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2003. ....	462
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , vols. 2 and 4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2007, release 4). ....	442

Brunelle, Christian. « La dignité dans la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans <i>La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives</i> , [2006] <i>R. du B.</i> (numéro thématique) 143. ....	505
Burman, Danielle, et Jean Pineau. <i>Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)</i> . Montréal : Thémis, 1991. ....	791
Canada. Agence du revenu du Canada. Bulletin d'interprétation IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », le 8 juin 2004. ....	102
Canada. Canada Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-419R2, "Meaning of Arm's Length", June 8, 2004. ....	102
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 25, 2 <sup>e</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 12 mai 2003, p. 6086-6087. ....	20
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 <sup>re</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 14 février 2001, p. 704. ....	689
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. <i>La liberté et la sécurité devant la loi</i> , vol. 2. Ottawa : La Commission, 1981. ....	339
Canada. Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984. ....	503
Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. <i>Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations</i> . Ottawa : La Commission, 2006. ....	347
Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. <i>Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale</i> . Ottawa : La Commission, 2006. ....	342
Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. <i>Freedom and Security Under the Law</i> , vol. 2. Ottawa: The Commission, 1981. ....	339
Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. <i>A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities</i> . Ottawa: The Commission, 2006. ...	342
Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. <i>Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations</i> . Ottawa: The Commission, 2006. ....	347
Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1984. ....	503
Canada. Commission on Pacific Fisheries Policy. <i>Turning the Tide: A New Policy For Canada's Pacific Fisheries: Final Report</i> . Vancouver: The Commission, 1982. ....	497
Canada. Commission royale d'enquête sur la sécurité. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité</i> (version abrégée). Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969. ....	340
Canada. Commission sur la politique des pêches du Pacifique. <i>Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique : Rapport final</i> . Vancouver : La Commission, 1982. ...	497
Canada. Department of Justice. <i>A Strategy for the Renewal of Youth Justice</i> . Ottawa: The Department, 1998. ....	57
Canada. Fisheries and Oceans. <i>An Evaluation of the Pilot Sale Arrangement of Aboriginal Fisheries Strategy (AFS)</i> . Halifax: Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994. ....	498

Canada. Gouvernement du Canada. Livre blanc sur la Constitution. <i>Le temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne</i> . Ottawa : Gouvernement du Canada, 1978. ....	532
Canada. Government of Canada. White paper on the Constitution. <i>A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation</i> . Ottawa: Government of Canada, 1978. ....	532
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 25, 2nd Sess., 37th Parl., May 12, 2003, pp. 6086-87. ....	19
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., February 14, 2001, p. 704. ....	689
Canada. Ministère de la Justice. <i>Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes</i> . Ottawa : Le Ministère, 1998. ....	57
Canada. Ministère du Revenu national. Direction de la vérification. <i>Lignes directrices sur les demandes péremptoires</i> . Ottawa : Ministère du Revenu national, 20 juillet 1995. ....	666
Canada. Ministry of National Revenue. Audit Directorate. <i>Requirement Guidelines</i> . Ottawa: Ministry of National Revenue, July 20, 1995. ....	666
Canada. Pêches et Océans. <i>Évaluation des projets pilotes de vente de la stratégie relative aux pêches des autochtones (SRAPA)</i> . Halifax : Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994. ....	498
Canada. Public Safety Canada. "Long term offender designation", updated October 2006 (online: <a href="http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx">http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx</a> ). ....	182
Canada. Royal Commission on Security. <i>Report of the Royal Commission on Security</i> (Abridged). Ottawa: Queen's Printer, 1969. ....	340
Canada. Sécurité publique Canada. « Désignation de délinquant à contrôler », mise à jour octobre 2006 (en ligne : <a href="http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx">http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx</a> ). ....	182
Canada. Sénat. Chambre des communes. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 3, 12 novembre 1980, p. 68 et 84. ....	533
Canada. Sénat. Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité. <i>Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1983. ....	340
Canada. Senate. House of Commons. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 3, November 12, 1980, pp. 68 and 84. ....	533
Canada. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. <i>Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 1983. ....	340
Canada. Solicitor General. <i>Proposal for Reform of the Criminal Records Act</i> — Explanatory document by the Solicitor General of Canada. Ottawa: Solicitor General of Canada, July 20, 1991. ....	710
Canada. Solliciteur général. <i>Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire</i> — Document explicatif du Solliciteur général du Canada. Ottawa : Solliciteur général du Canada, 20 juillet 1991.....	710
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville : Yvon Blais, 1990. ....	594
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999. ....	684
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991. ..	594
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ....	684

Cumming, Peter. "Canada's North and Native Rights", in Bradford W. Morse, ed., <i>Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada</i> . Ottawa: Carleton University Press, 1985, 695. ...	534
Dadour, François. <i>De la détermination de la peine : principes et applications</i> . Markham, Ont. : LexisNexis, 2007. ....	173
Dickson, Timothy. "Section 25 and Intercultural Judgment" (2003), 61 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 141. ....	534
Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. <i>Responding to Youth Crime in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2004. ....	52
Doob, Anthony N., and Michael Tonry. "Varieties of Youth Justice". In <i>Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives</i> . Chicago: University of Chicago Press, 2004, 1. ....	30
Doob, Anthony N., Voula Marinos, and Kimberly N. Varma. <i>Youth Crime and the Youth Justice System in Canada: A Research Perspective</i> . Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1995. ....	30
Doob, Anthony N., Voula Marinos, et Kimberly N. Varma. <i>La criminalité chez les jeunes et le système de justice pour la jeunesse au Canada : Le point de vue de la recherche</i> . Toronto : Centre de criminologie, Université de Toronto, 1995. ....	20
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	630
Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. "Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)" (1997), 4 <i>Rev. Const. Stud./R. études const.</i> 80. ....	511
<i>Duncan and Neill on Defamation</i> , 2nd ed. by Sir Brian Neill and Richard Rampton. London: Butterworths, 1983. ....	428
Ferris, Thomas W. <i>Sentencing: Practical Approaches</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005. ...	175
Fyfe, R. James. "Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada" (2007), 70 <i>Sask. L. Rev.</i> 1. ....	505
Garant, Patrice. <i>Précis de droit des administrations publiques</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. ....	221
<i>Gatley on Libel and Slander</i> , 10th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2004. ....	445
Gilbert, Daphne. "Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter" (2003), 48 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 627. ....	504
Gilbert, Daphne, and Diana Majury. "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada DooMS Section 15" (2006), 24 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 111. ....	504
Gillooly, Michael. <i>The Law of Defamation in Australia and New Zealand</i> . Sydney: The Federation Press, 1998. ....	477
Goldenberg, André. "'Salmon for Peanut Butter': Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights" (2004), 3 <i>Indigenous L.J.</i> 61. ....	534
Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. II, <i>Règles spécifiques</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ....	788
Greschner, Donna. "Does Law Advance the Cause of Equality?" (2001), 27 <i>Queen's L.J.</i> 299. ....	504
Greschner, Donna. "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 <i>Rev. Const. Stud./R. études const.</i> 291. ....	504
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2007, release 2). ....	505, 534
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007. ....	108



Hutchinson, Celeste. "Case Comment on <i>R. v. Kapp</i> : An Analytical Framework for Section 25 of the Charter" (2007), 52 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 173. ....	534
Isaac, Thomas. "Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People" (2002), 21 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 431. ....	534
Juriansz, Russell G. "Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law Part I" (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa</i> 447. ....	513
Kasirer, Nicholas. « <i>Couvrez cette communauté que je ne saurais voir</i> : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony » (1994), 25 <i>R.G.D.</i> 569. ....	789
Kymlicka, Will. <i>Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights</i> . New York: Oxford University Press, 1995. ....	537
L'Heureux, Nicole. <i>Droit de la consommation</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000. ....	211
Lawson, Ian B. <i>Privacy and Free Enterprise: The Legal Protection of Personal Information in the Private Sector</i> , 2nd ed. rev. by Bill Jeffery. Ottawa: Public Interest Advocacy Centre, 1997. ....	587
Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., <i>Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswell, 1985, 323. ....	513
<i>Lexique anglais-français du droit en Ontario</i> . Toronto : Ministère du Procureur général, 1987. ....	530
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006. ....	117
Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., <i>Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada</i> . Ottawa: Carleton University Press, 1985, 408. ....	534
Lysyk, Kenneth M. « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada », dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal : Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 591. ....	534
Lysyk, Kenneth M. "The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada", in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswell, 1982, 467. ....	534
Macklem, Patrick. <i>Indigenous Difference and the Constitution of Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2001. ....	534
Manson, Allan. <i>The Law of Sentencing</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	29, 173
Marten, Bevan. "A Fairly Genuine Comment on Honest Opinion in New Zealand" (2005), 36 <i>V.U.W.L.R.</i> 127. ....	454
Martin, Sheila. "Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 299. ....	504
McAllister, Debra M. "Section 15 — The Unpredictability of the Law Test" (2003-2004), 15 <i>N.J.C.L./R.N.D.C.</i> 3. ....	504
McConchie, Roger D., and David A. Potts. <i>Canadian Libel and Slander Actions</i> . Toronto: Irwin Law, 2004. ....	442
McIntyre, Sheila. "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., <i>Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 95. ....	505
McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 <i>S.C.L.R.</i> 255. ..	534

Mitchell, Paul. <i>The Making of the Modern Law of Defamation</i> . Oxford: Hart, 2005. ....	468
Moran, Mayo. "Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., <i>Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 71. ....	505
Moreau, Sophia Reibetanz. "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 <i>J.L. &amp; Equality</i> 81. ....	505
Morin, Alexandre. <i>Le droit à l'égalité au Canada</i> . Montréal: LexisNexis, 2008. ....	505
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996. ....	221
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Le Robert, 2002, « effectif ». ....	620
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , Official Report (Hansard), First Sess., 32nd Parl., No. 21, May 15, 1981, p. 743, No. 114, December 1, 1981, p. 4097. ....	618
<i>Ontario English-French Legal Lexicon</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987. ....	530
<i>Oxford English Dictionary</i> , online: <a href="http://dictionary.oed.com">http://dictionary.oed.com</a> , "pattern". ....	687
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. III, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "construe". ....	530
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005. ....	311, 767
Peirce, Michael. "A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the <i>Charter</i> " (1993), 57 <i>Sask. L. Rev.</i> 263. ....	513
Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the <i>Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25</i> " (1988), 22 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 21. ....	540
Pentney, William F. <i>The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982</i> . Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987. ....	542
Picotte, Jacques. <i>Juridictionnaire : Recueil des difficultés et des ressources du français juridique</i> , t. I A. Moncton : École de droit, Université de Moncton, 1991, « atteinte ». ....	530
Pineau, Jean, et Marie Pratte. <i>La famille</i> . Montréal : Thémis, 2006. ....	788
Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 <i>C.J.W.L./R.F.D.</i> 37. ....	505
Pothier, Dianne. "Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All?," in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., <i>Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 135. ..	505
Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] <i>R. du B.</i> (numéro spécial) 485. ....	504
Renaud, Gilles. <i>Speaking to Sentence: A Practical Guide</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2004. ....	29
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004. ....	183
Russell, Dan. <i>A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada</i> . Vancouver: UBC Press, 2000. ....	542
Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. "What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions" (2004), 24 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 103. ....	505
<i>Salmond on the Law of Torts</i> , 17th ed. by R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977. ....	460

Sanders, Douglas. "Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada", in Stanley M. Beck and Ivan Bernier, eds., <i>Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda</i> , vol. 1. Montreal: Institute for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques, 1983, 225. ....	532
Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 314. ....	534
Schwartz, Bryan. <i>First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984</i> . Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985. ....	534
Shachar, Ayelet. "The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State", in Christian Joppke and Steven Lukes, eds., <i>Multicultural Questions</i> . New York: Oxford University Press, 1999, 87. ....	537
Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-1983), 8 <i>Queen's L.J.</i> 232. ....	534
Sprott, Jane B. "Understanding Public Opposition to a Separate Youth Justice System" (1998), 44 <i>Crime &amp; Delinquency</i> 399. ....	52
Sprott, Jane B. "Understanding public views of youth crime and the youth justice system" (1996), 38 <i>Can. J. Crim./Rev. can. crim.</i> 271. ....	52
Stone, Geoffrey R. "Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale" (2005), 93 <i>Cal. L. Rev.</i> 1387. ....	448
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ....	594, 631, 726, 758
Thompson, D. A. Rollie. "Rules and Rulelessness in Family Law: Recent Developments, Judicial and Legislative" (2000-2001), 18 <i>C.F.L.Q.</i> 25. ....	281
Wildsmith, Bruce H. <i>Aboriginal Peoples &amp; Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988. ....	527
Wilkins, Kerry. "... But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government" (1999), 49 <i>U.T.L.J.</i> 53. ....	534
Ziegel, Jacob S. "The Future of Canadian Consumerism" (1973), 51 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 191. ....	211
Zlotkin, Norman K. <i>Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference</i> . Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1983. ....	534

**Roger Holland** *Appellant*

v.

**Government of Saskatchewan, as represented by the Minister in Charge of Saskatchewan Agriculture, Food and Rural Revitalization, John Doe and Jane Doe** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario and Attorney General of British Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: HOLLAND v. SASKATCHEWAN

Neutral citation: 2008 SCC 42.

File No.: 31979.

2008: May 21; 2008: July 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Torts — Negligence — Claim for negligently acting outside the law — Claim for negligent failure to implement judicial decree — Farmers obtaining declaration that government's action of reducing certification status of their herds unlawful — Minister taking no steps to reinstate farmers' certification — Whether Court of Appeal erred in striking out farmers' cause of action in negligence.*

*Crown law — Crown liability — Duty to implement judicial decree — Whether action lies against public authorities for negligently failing to implement judicial decree.*

The appellant represents a group of game farmers who refused to register in a federal program aimed at preventing chronic wasting disease in domestic cervids, because they objected to the broadly worded indemnification and release clauses in the registration form. As a

**Roger Holland** *Appelant*

c.

**Gouvernement de la Saskatchewan, représenté par le ministre responsable de la Saskatchewan Agriculture, Food and Rural Revitalization, M. Untel et M<sup>me</sup> Unetelle** *Intimés*

et

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

RÉPERTORIÉ : HOLLAND c. SASKATCHEWAN

Référence neutre : 2008 CSC 42.

N<sup>o</sup> du greffe : 31979.

2008 : 21 mai; 2008 : 11 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Demande fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi — Réclamation pour omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire — Éleveurs obtenant un jugement déclarant illicite la décision du gouvernement d'abaisser le statut de certification de leurs troupeaux — Aucune mesure de la part du ministre pour rétablir le niveau de certification des éleveurs — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de radier l'action des éleveurs pour négligence parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action?*

*Droit de la Couronne — Responsabilité de l'État — Obligation d'exécuter une décision judiciaire — Les autorités publiques peuvent-elles être poursuivies pour avoir omis par négligence d'exécuter une décision judiciaire?*

L'appelant représente un groupe d'éleveurs de gibier qui ont refusé de s'inscrire au programme fédéral de prévention de la maladie débilitante chronique chez les cervidés domestiques parce qu'ils s'opposaient aux clauses d'indemnisation et de renonciation libellées en termes

result, the farmers' herd status was down-graded to the lowest level, reducing the market price of their product and diminishing their ability to sell it. On judicial review, the farmers established that these clauses had been invalidly included in the registration form and obtained a declaration that the government's action of reducing the herd certification status was unlawful. Despite the court's ruling, the government took no steps to reinstate the farmers' certification or compensate them for the revenue they lost. They commenced a class action against the Minister, claiming damages on three grounds, including the tort of negligence. The motions judge denied the government's motion to strike the farmers' claims in negligence, but the Court of Appeal held that no action lies against public authorities for negligently acting outside their lawful mandates and struck out the cause of action in negligence in its entirety.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

The statement of claim, read generously as required in an application to strike, focused mainly on two alleged acts of negligence: requiring the game farmers to enter into the broad indemnification agreement and down-grading the status of those who refused to do so. In both cases, the alleged fault was the failure of the public authority to act in accordance with the authorizing acts and regulations. The Court of Appeal correctly held that the appellant's claim for negligently acting outside the law, or breach of statutory duty, does not constitute negligence and rightly struck the paragraphs of the statement of claim asserting this cause of action. Even if the requirement of proximity were established, policy considerations arising at the second stage of the *Anns* test, including the chilling effect and specter of indeterminate liability, militate against recognizing this new instance of negligence. However, the Court of Appeal failed to address the appellant's central claim alleging negligent failure to implement a judicial decree to remedy the wrongful reduction of the appellant's herd status. The implementation of a judicial decision is an "operational" act that public authorities are expected to carry out. Therefore, in this case, it is not clear that an action in negligence based on the breach of a duty to implement a judicial decree could not succeed in law. Read broadly, the pleading was sufficient to put the government on the notice of the essence of the appellant's claim and it should not have been struck out. [7-16]

vastes dans le formulaire d'inscription. Le refus de signer le formulaire a entraîné l'abaissement au niveau le plus bas de leur statut de certification, ce qui a eu pour effet de diminuer le prix courant de leur produit et de réduire leur capacité de le vendre. En contrôle judiciaire, ils ont établi l'invalidité de ces clauses contenues dans le formulaire d'inscription et ont obtenu un jugement déclarant illicite la décision du gouvernement d'abaisser le statut de certification des troupeaux. Malgré la décision du tribunal, le gouvernement n'a pris aucune mesure pour rétablir le niveau de certification des éleveurs et pour les indemniser des pertes de revenus. Les éleveurs ont intenté un recours collectif contre le ministre, dans lequel ils ont réclamé des dommages-intérêts fondés sur trois motifs, dont le délit de négligence. Le juge des requêtes a rejeté la requête du gouvernement que les demandes des éleveurs fondées sur la négligence soient radiées, mais la Cour d'appel a statué que les autorités publiques ne pouvaient être poursuivies pour avoir outrepassé, par négligence, leur mandat légitime et a radié la totalité de la demande pour négligence parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

Il ressort de la déclaration, interprétée généreusement comme il se doit dans le cadre d'une requête en radiation, qu'elle allègue principalement deux actes de négligence : exiger des éleveurs de gibier qu'ils acquiescent à la clause générale d'indemnisation et abaisser le statut de ceux qui ont refusé de le faire. Dans les deux cas, la faute alléguée est l'omission d'agir en conformité avec les textes législatifs et réglementaires habilitants. La Cour d'appel a eu raison de conclure que la demande de l'appelant fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi, ou manquement à une obligation légale, ne constitue pas de la négligence et de radier les paragraphes de la déclaration invoquant cette cause d'action. Même si l'exigence de proximité était établie, des considérations de politique générale dans le deuxième volet du critère énoncé dans *Anns*, dont l'effet paralysant et le spectre d'une responsabilité indéterminée, s'opposent à la reconnaissance de ce nouveau type de négligence. Cependant, la Cour d'appel n'a pas abordé l'élément fondamental de la demande, à savoir l'omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire imposant l'obligation de remédier à l'abaissement fautif du statut du troupeau de l'appelant. L'exécution d'une décision judiciaire constitue un acte « opérationnel » que les autorités publiques sont censées accomplir. Il n'est donc pas certain en l'espèce qu'une action pour négligence dans l'exécution d'une décision judiciaire soit vouée à l'échec. Interprété libéralement, l'acte de procédure suffisait pour informer le gouvernement de l'essence de la réclamation de l'appelant et il n'aurait pas dû être radié. [7-16]

**Cases Cited**

**Referred to:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Gerwing, Richards and Smith J.J.A.) (2007), 281 D.L.R. (4th) 349, [2007] 7 W.W.R. 17, 299 Sask. R. 109, 408 W.A.C. 109, [2007] S.J. No. 75 (QL), 2007 CarswellSask 120, 2007 SKCA 18, setting aside a decision of Laing C.J. (2006), 277 Sask. R. 131, [2006] S.J. No. 144 (QL), 2006 CarswellSask 133, 2006 SKQB 99. Appeal allowed in part.

*Reynold A. J. Robertson, Q.C., Cameron Pallett and Clinton G. Docken, Q.C.*, for the appellant.

*Barry J. Hornsberger, Q.C.*, and *Jerome A. Tholl*, for the respondents.

*John S. Tyhurst*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sara Blake*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Karen A. Horsman*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The issue in this case is whether the Court of Appeal erred in striking out the plaintiff's cause of action in negligence. The result of this order was to prevent the claim in negligence from proceeding to trial.

[2] The appellant, Roger Holland, represents a group of approximately 200 game farmers who

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Gerwing, Richards et Smith) (2007), 281 D.L.R. (4th) 349, [2007] 7 W.W.R. 17, 299 Sask. R. 109, 408 W.A.C. 109, [2007] S.J. No. 75 (QL), 2007 CarswellSask 120, 2007 SKCA 18, qui a annulé une décision du juge en chef Laing (2006), 277 Sask. R. 131, [2006] S.J. No. 144 (QL), 2006 CarswellSask 133, 2006 SKQB 99. Pourvoi accueilli en partie.

*Reynold A. J. Robertson, c.r., Cameron Pallett et Clinton G. Docken, c.r.*, pour l'appelant.

*Barry J. Hornsberger, c.r.*, et *Jerome A. Tholl*, pour les intimés.

*John S. Tyhurst*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sara Blake*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Karen A. Horsman*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La Cour doit déterminer si la Cour d'appel a eu tort de radier l'action pour négligence du demandeur parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action. La radiation a eu pour effet d'empêcher l'instruction de l'action.

[2] L'appelant, Roger Holland, représente un groupe d'environ 200 éleveurs de gibier qui ont

refused to register in a federal program aimed at preventing chronic wasting disease (“CWD”) in domestic cervids, because they objected to a broadly worded indemnification and release clause in the registration form. As a result of their refusal to sign the form, the game farmers lost the CWD-free herd certification level which they had acquired by conforming to provincial CWD prevention rules, before the merging of the provincial and federal programs. The down-grading of the farmers’ certification status both reduced the market price of their product and diminished their ability to sell it. This resulted in a financial loss to the farmers.

[3] The game farmers successfully established on judicial review that the indemnification and release clauses had been invalidly included in the registration form. These clauses required that game farm operators would not only assume “sole responsibility for any death losses . . . which may occur when animals are being handled for the purposes of inspection, sampling or testing”, but would also indemnify the federal and provincial governments “from and against all claims and demands . . . arising out of or attributable or with respect to the Program, or any aspect of the Program or its implementation”. Gerein C.J.Q.B. found that the Minister had no legislative authority to make acceptance of these clauses, which he characterized as “broad in the extreme”, a condition to participate in the CWD program ((2004), 258 Sask. R. 243, 2004 SKQB 478, at para. 38). The program’s reliance upon game farm operators might justify limited indemnification and release clauses restricted to the operator’s actions, but it could not validly extend to the actions of government employees (para. 37). While Gerein C.J.Q.B. found that the applicants’ herd status was wrongly reduced to the lowest level of “surveillance”, he declined to reinstate the prior herd status in the absence of any evidence on the current circumstances of the game farm operations. He specified, however, that if the applicants met the certification program conditions, the court’s declarations would “serve to remove the earlier

refusé de s’inscrire au programme fédéral de prévention de la maladie débilante chronique (« MDC ») chez les cervidés domestiques parce qu’ils s’opposaient aux clauses d’indemnisation et de renonciation libellées en termes vastes dans le formulaire d’inscription. Le refus de signer le formulaire leur a fait perdre le niveau de certification qu’ils avaient obtenu en se conformant aux règles provinciales de prévention de la MDC, avant le jumelage des programmes provincial et fédéral, et qui attestait que leurs troupeaux étaient indemnes de MDC. L’abaissement du statut de certification des éleveurs a eu pour effet de diminuer le prix courant de leur produit et de réduire leur capacité de le vendre, ce qui leur a occasionné des pertes financières.

[3] Les éleveurs de gibier ont réussi à établir en contrôle judiciaire l’invalidité des clauses d’indemnisation et de renonciation contenues dans le formulaire d’inscription. Ces clauses stipulaient que les exploitants de fermes d’élevage de gibier devaient non seulement assumer [TRADUCTION] « l’entière responsabilité des pertes découlant du décès de bêtes [. . .] susceptible de survenir lorsqu’elles sont manipulées dans le cadre d’inspections, d’échantillonnages ou de tests », mais aussi indemniser les gouvernements fédéral et provincial [TRADUCTION] « à l’égard des réclamations et demandes [. . .] résultant du Programme, de tout aspect du Programme ou de sa mise en œuvre ». Le juge en chef Gerein de la Cour du Banc de la Reine a conclu que le ministre n’avait pas le pouvoir législatif de subordonner la participation au programme de prévention de la MDC à l’acceptation de ces clauses, lesquelles étaient, selon lui, [TRADUCTION] « d’une portée extrêmement vaste » ((2004), 258 Sask. R. 243, 2004 SKQB 478, par. 38). À son avis, des clauses d’indemnisation et de renonciation pouvaient se justifier si leur portée se limitait aux actes des exploitants de fermes d’élevage de gibier, parce que le programme dépendait de l’observation de ses règles par ces derniers, mais elles ne pouvaient valablement s’étendre aux actes des fonctionnaires (par. 37). Le juge en chef Gerein a conclu qu’on avait abaissé à tort le statut des troupeaux des demandeurs au niveau le plus bas, c’est-à-dire au niveau

impediments” (para. 50). The government did not appeal this decision.

[4] Despite the court’s declaration that the government’s reduction of the herd status was invalid, the government did not take the necessary steps to consider reinstating the farmers’ certification or take any steps to compensate the farmers for the revenue they lost through the wrongful cancellation of their prior certification level.

[5] Seeking a remedy for the financial loss they suffered as a result of the government’s wrongful reduction of certification status, the game farmers turned to the law of tort. They commenced a class action, in the name of the appellant, claiming damages on three alleged grounds: (1) the tort of misfeasance in public office; (2) the tort of intimidation; and (3) the tort of negligence.

[6] The government brought a motion to strike out the farmers’ claims. The motions judge, Laing C.J., struck the intimidation claim for lack of evidence of any threat ((2006), 277 Sask. R. 131, 2006 SKQB 99, at para. 36), granted leave to amend the statement of claim with regard to the misfeasance claim (para. 33), and denied the motion on the negligence claim (para. 34). The Court of Appeal of Saskatchewan allowed the government’s appeal from the ruling on negligence, holding that no action lies against public authorities for negligently acting outside their lawful mandates ((2007), 299 Sask. R. 109, 2007 SKCA 18, at para. 40). The question before this Court is whether the Court of Appeal erred in striking out the appellant’s negligence claim in its entirety.

[TRANSLATION] « surveillance », mais il a refusé de rétablir le statut de certification précédent en raison de l’absence de tout élément de preuve portant sur la situation actuelle de l’élevage de gibier. Il a cependant précisé que, si les demandeurs remplissaient les conditions du programme de certification, le jugement de la cour [TRANSLATION] « aurait pour effet d’écarter les obstacles antérieurs » (par. 50). Le gouvernement n’a pas interjeté appel de cette décision.

[4] Bien que la cour ait déclaré invalide l’abaissement du statut des troupeaux, le gouvernement n’a pas pris les mesures nécessaires pour examiner la possibilité de rétablir le niveau de certification des éleveurs ni pris de mesures pour les indemniser des pertes de revenus que leur avait occasionnées l’annulation injustifiée du niveau de certification antérieur.

[5] Voulant obtenir réparation pour les pertes subies du fait de l’abaissement injustifié du statut de certification, les éleveurs de gibier se sont tournés vers le droit de la responsabilité délictuelle. Ils ont intenté un recours collectif désignant l’appellant comme demandeur, dans lequel ils ont réclamé des dommages-intérêts fondés sur trois motifs : (1) le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique, (2) le délit d’intimidation et (3) le délit de négligence.

[6] Le gouvernement a présenté une requête en radiation des demandes des éleveurs. Le juge des requêtes, le juge en chef Laing, a radié la demande fondée sur le délit d’intimidation, en raison de l’absence de preuve de menace ((2006), 277 Sask. R. 131, 2006 SKQB 99, par. 36); il a autorisé la modification de la déclaration relativement à la demande fondée sur la faute dans l’exercice d’une charge publique (par. 33) et il a rejeté la requête à l’égard de la demande fondée sur la négligence (par. 34). La Cour d’appel de la Saskatchewan a accueilli l’appel interjeté par le gouvernement contre la décision relative à la négligence, statuant que les autorités publiques ne pouvaient être poursuivies pour avoir outrepassé, par négligence, leur mandat légitime ((2007), 299 Sask. R. 109, 2007 SKCA 18, par. 40). La Cour doit déterminer si la Cour d’appel a eu tort de radier la totalité de la demande pour négligence.



[7] The Court of Appeal read the appellant's negligence claim as a claim for negligently acting outside the law (paras. 18-21). With one exception, discussed more fully later, I agree with this characterization of the negligence claim. For purposes of these reasons, I would characterize the imputed fault as breach of statutory duty. The statement of claim, read generously as required in an application to strike, focused mainly on two alleged acts of negligence: requiring the game farmers to enter into the broad indemnification agreement, and down-grading the status of those who refused to do so. In both cases, the alleged fault may be described as failing to act in accordance with the authorizing acts and regulations. As the statement of claim puts it at para. 58, the government and its employees "were under a duty of care to the Class [game farmers] to ensure those Acts and Regulations were administered in accordance with law and not to operate in breach of them".

[8] I agree with the Court of Appeal that the claim, thus characterized, discloses no cause of action recognized by law and must be struck. The Court of Appeal correctly concluded that the viability of the action in negligence falls to be determined by application of *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), adopted and refined by this Court in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79. The Court of Appeal concluded that to date the law has not recognized an action against a government authority for negligent breach of statutory duty by acting outside or contrary to the law. This being the case, the question was whether a new instance of negligence should be permitted. This question is resolved by asking whether a new kind of duty of care arises under the two-step *Anns* inquiry. The Court of Appeal did not find it necessary to consider the first branch of *Anns*, holding that even if the requirement of proximity were established, residual policy considerations at the second step militate against recognizing such a cause of action.

[7] La Cour d'appel a interprété la demande pour négligence comme une demande fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi (par. 18-21). Sauf sur un point, que j'aborde-rai plus en détail plus loin, je souscris à cette qualification de la demande pour négligence. Pour les besoins des présents motifs, je qualifierais la faute imputée de manquement à une obligation légale. Il ressort de la déclaration, interprétée généreusement comme il se doit dans le cadre d'une requête en radiation, qu'elle allègue principalement deux actes de négligence : exiger des éleveurs de gibier qu'ils acquiescent à la clause générale d'indemnisation et abaisser le statut de ceux qui ont refusé de le faire. Dans les deux cas, la faute alléguée peut être décrite comme une omission d'agir en conformité avec les textes législatifs et réglementaires habilitants. Comme l'énonce le par. 58 de la déclaration, le gouvernement et ses fonctionnaires [TRADUCTION] « avaient une obligation de diligence envers le groupe [les éleveurs de gibier] par laquelle ils devaient veiller à ce que les lois et règlements soient appliqués conformément aux règles de droit et non en contravention de leur texte ».

[8] Je conviens avec la Cour d'appel que la déclaration, ainsi qualifiée, ne révèle aucune cause d'action reconnue en droit et qu'elle doit être radiée. La Cour d'appel a conclu à bon droit que la viabilité de l'action pour négligence est régie par *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), adopté et explicité par la Cour dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79. La Cour d'appel a conclu qu'à l'heure actuelle le droit ne reconnaît pas qu'une autorité publique puisse être poursuivie pour manquement par négligence à une obligation légale, c'est-à-dire pour avoir agi hors du cadre de la loi ou en violation de celle-ci. Cela étant, il faut se demander s'il y a lieu de reconnaître un nouveau type de négligence. Pour répondre à cette question, il faut examiner si l'application de la méthode en deux volets établie dans *Anns* permet de conclure à l'existence d'une nouvelle obligation de diligence. La Cour d'appel a jugé inutile de considérer le premier volet parce que, même si l'exigence de proximité était établie, d'autres considérations de politique générale dans le deuxième volet s'opposent à la reconnaissance d'une telle cause d'action.

[9] In my view, the Court of Appeal was correct in these conclusions. The law to date has not recognized an action for negligent breach of statutory duty. It is well established that mere breach of a statutory duty does not constitute negligence: *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. The proper remedy for breach of statutory duty by a public authority, traditionally viewed, is judicial review for invalidity. The appellant pursued this remedy before Gerein C.J.Q.B. and obtained a declaration that the government's action of reducing the herd certification status was unlawful and invalid. No parallel action lies in tort.

[10] The next question was whether a hitherto unrecognized relationship of potential liability in negligence should be recognized under the *Anns* test. Assuming, without deciding, that the legislative and regulatory matrix established proximity between the Class and the government at the first step, policy considerations would negate recognition of liability, as the Court of Appeal detailed. These include the chilling effect and specter of indeterminate liability. As Richards J.A. stated at para. 43 of the Court of Appeal's decision:

... the respondent's theory of liability would fundamentally shift the way in which the public and private spheres historically have carried the consequences or burden of governmental action which is shown to be ultra vires. I see no policy reason which would warrant such a dramatic revision in the shape of the law and, as indicated above, see much which cuts tellingly against shaping the law in the manner sought by the respondent.

[11] I therefore agree with the Court of Appeal that the appellant's claim for negligently acting outside the law, or breach of statutory duty, cannot succeed and that the paragraphs of the statement of claim asserting this cause of action were rightly struck.

[9] À mon avis, ces conclusions de la Cour d'appel sont bien fondées. Le droit ne reconnaît pas, à l'heure actuelle, l'action pour manquement par négligence à une obligation légale. Il est bien établi que le simple manquement à une obligation légale ne constitue pas de la négligence (*La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205). Le recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité. L'appelant a intenté un tel recours, et le juge en chef Gerein a statué que la décision du gouvernement d'abaisser le statut de certification des troupeaux était illicite et invalide. Il n'existe aucun recours parallèle en responsabilité délictuelle.

[10] Il faut ensuite se demander s'il y a lieu de reconnaître, selon le critère énoncé dans *Anns*, une nouvelle relation susceptible d'engager la responsabilité pour négligence. À supposer, sans toutefois trancher la question, que les cadres législatif et réglementaire créent un lien de proximité entre le groupe et le gouvernement d'après le premier volet du critère, des considérations de politique générale empêcheraient la reconnaissance de la responsabilité, comme la Cour d'appel l'a expliqué en détail. Au nombre de ces considérations figurent l'effet paralysant et le spectre d'une responsabilité indéterminée. Comme l'a exposé le juge Richards au par. 43 de la décision de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] ... la thèse de l'intimé en matière de responsabilité changerait fondamentalement la façon dont ont historiquement été traités les conséquences ou le poids de l'action gouvernementale considérée comme un excès de pouvoir dans les sphères publique et privée. Je ne vois aucune raison de politique générale qui justifierait une modification aussi radicale du droit et, comme je l'ai indiqué précédemment, je vois beaucoup de raisons valables de ne pas orienter le droit dans la direction souhaitée par l'intimé.

[11] Je conviens donc avec la Cour d'appel que la demande de l'appelant fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi, ou manquement à une obligation légale, était vouée à l'échec et qu'il y avait lieu de radier les paragraphes de la déclaration invoquant cette cause d'action.

[12] One allegation of negligence, however, appears to fall into a different category. Paragraph 61.1(f) of the appellant's statement of claim alleges that the Minister was negligent because "[n]otwithstanding the declarations of Mr. Justice Gerein that the indemnification and release clauses were invalid and [of] no effect, and that the herd status of 'surveillance' was wrongfully assigned, [he] refused to restore the CWD herd status . . . to the level . . . enjoyed before or to pay compensation . . . for . . . loss". The claim is essentially one of negligent failure to implement an adjudicative decree.

[13] The Court of Appeal treated this claim as separate and different from the claim for breach of statutory duty, dealing with it under the heading "The Other Alleged Duties of Care". However, it did not address the central assertion in this claim that the Minister was under a duty to implement the judicial decree of Gerein C.J.Q.B. Chief Justice Gerein's order arguably placed the Minister under a duty to remedy the wrongful reduction of the applicants' herd status. The Court of Appeal never discussed this question. Instead, it held that the pleadings' reference to restoration of herd status must be struck, not because it disclosed no cause of action, but because the appellant "has not pleaded any facts to the effect his herd or any other farmer's herd had been maintained so as to warrant any particular CWD status, including the status it enjoyed before being reduced to 'surveillance' . . . . [T]he failure to plead such facts in the statement of claim", it concluded, "means this aspect of the negligence action must fail" (para. 49).

[14] With respect, it is not clear to me that the reasons given by the Court of Appeal provide a sound basis for striking para. 61.1(f) at the outset of the proceedings. The real issue, not addressed by the Court of Appeal, is whether a claim for negligent failure to implement a judicial decree clearly cannot succeed in law and hence must be struck at the outset. Such a claim is not a claim for negligent

[12] Toutefois, l'une des allégations de négligence semble entrer dans une catégorie différente. À l'alinéa 61.1(f) de sa déclaration, l'appelant affirme que le ministre a fait preuve de négligence parce que, [TRADUCTION] « [m]algré les déclarations du juge Gerein selon lesquelles les clauses d'indemnisation et de renonciation étaient invalides et sans effet et le statut "surveillance" a été attribué à tort, il a refusé de rétablir le statut antérieur des troupeaux relatif à la MDC ou d'indemniser [. . .] pour la perte subie ». La demande est essentiellement fondée sur l'omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire.

[13] La Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait là d'une réclamation distincte de la demande fondée sur le manquement à une obligation légale, l'examinant sous la rubrique "The Other Alleged Duties of Care" (les autres obligations de diligence invoquées). Cependant, elle n'a pas abordé l'élément fondamental de la demande, à savoir l'obligation du ministre d'exécuter la décision du juge en chef Gerein. Les directives de celui-ci imposent dans une certaine mesure au ministre l'obligation de remédier à l'abaissement fautif du statut des troupeaux des appelants. La Cour d'appel n'a jamais traité de cette question. Elle a plutôt conclu qu'il fallait radier la demande de rétablissement du statut des troupeaux, non pas parce qu'elle ne révélait aucune cause d'action, mais parce que l'appelant [TRADUCTION] « n'avait allégué aucun fait indiquant que l'entretien de son troupeau ou de celui de tout autre éleveur justifiait un statut particulier à l'égard de la MDC, notamment celui qui leur avait été attribué avant l'abaissement au niveau "surveillance" ». Selon la cour, « l'omission d'alléguer ces faits dans la déclaration signifie que cet aspect de l'action pour négligence doit être écarté » (par. 49).

[14] Soit dit en tout respect, j'estime que les motifs exposés par la Cour d'appel ne forment pas un fondement solide pour la radiation de l'al. 61.1(f) en début d'instance. La véritable question, qui n'a pas été examinée par la Cour d'appel, est de savoir si une réclamation reposant sur l'omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire est clairement irrecevable en droit et doit donc être radiée

breach of statute. It stands on a different footing. In *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, at p. 970, this Court noted the difference in terms that appear to recognize the possibility of an action for failure to implement a judicial decree:

... the risk of loss from the exercise of legislative or adjudicative authority is a general public risk and not one for which compensation can be supported on the basis of a private duty of care. The situation is different where a claim for damages for negligence is based on acts done in pursuance or in implementation of legislation or of adjudicative decrees. [Emphasis added.]

More recent authorities describe the distinction in terms of “policy” versus “operational” decisions. Policy decisions about what acts to perform under a statute do not give rise to liability in negligence. On the other hand, once a decision to act has been made, the government may be liable in negligence for the manner in which it *implements* that decision: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145. Public authorities are expected to implement a judicial decision. Consequently, implementation of a judicial decision is an “operational” act. It is therefore not clear that an action in negligence cannot succeed on the breach of a duty to implement a judicial decree.

[15] The remaining question is whether para. 61.1(f) must be struck because it fails to plead sufficient facts. In my view, it should not. The government’s refusal “to restore the CWD herd status” is pleaded as a fact. It is also pleaded, elsewhere, that loss of herd status led to losses to the members of the Class. These facts, in my view, were sufficient to support the claim for negligent failure to implement a judicial decree. It might be argued that facts relating to the conditions for restoration

en début d’instance. Une telle réclamation diffère de la réclamation fondée sur l’inobservation par négligence de dispositions législatives. Son fondement est distinct. Dans *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 970, la Cour a relevé cette différence en des termes qui semblent reconnaître la possibilité d’exercer un recours pour défaut d’exécution d’une décision judiciaire :

... le risque de perte par suite de l’exercice d’un pouvoir législatif ou déclaratoire est un risque couru par le public en général et non un risque à l’égard duquel on peut réclamer une indemnité en se fondant sur l’existence d’une obligation particulière de diligence. La situation n’est pas la même lorsqu’une action en dommages-intérêts pour négligence est fondée sur des actes accomplis en conformité d’une loi ou d’un acte déclaratoire ou pour y donner suite. [Je souligne.]

Des arrêts plus récents décrivent cette distinction en parlant de décisions de « politique générale » et de décisions « opérationnelles ». Les décisions de politique générale portant sur les actes à accomplir en vertu d’une loi ne peuvent engager la responsabilité pour négligence. Par contre, lorsqu’une action a été décidée, le gouvernement peut être reconnu coupable de négligence pour la façon dont il *exécute* cette décision (*Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145). Les autorités publiques sont censées exécuter une décision judiciaire. Par conséquent, l’exécution d’une décision judiciaire constitue un acte « opérationnel ». Il n’est donc pas certain qu’une action pour négligence dans l’exécution d’une décision judiciaire soit vouée à l’échec.

[15] Reste à savoir si l’al. 61.1(f) doit être radié pour cause d’allégations insuffisantes. À mon avis, il ne doit pas l’être. Le refus du gouvernement de [TRADUCTION] « rétablir le statut antérieur des troupeaux relatif à la MDC » est allégué à titre de fait. La déclaration allègue également, ailleurs, que l’abaissement du statut des troupeaux a causé des pertes aux membres du groupe. Ces faits suffisent, à mon avis, pour étayer la réclamation pour omission par négligence d’exécuter une décision judiciaire.

should have been pleaded. However, I am satisfied that the pleading was sufficient to put the government on the notice of the essence of the appellant's claim. Taking a generous view, it should not have been struck.

[16] I do not comment on whether the evidence and the applicable law will in fact establish a claim for negligence on this head at the time of trial. However, applying the rule that, on an application to strike, pleadings must be read broadly and that it must be clear that the claim cannot succeed if it goes to trial, I am of the view that para. 61.1(f) should not be struck.

[17] I would therefore confirm the order of the Court of Appeal that paras. 58 to 63.1 of the statement of claim should be struck out, with the exception of para. 61.1(f). I add that this order should not be read as precluding further applications by the appellant to amend the statement of claim, nor to prevent reliance on facts mentioned in the portions of the claim struck out, insofar as such facts relate to the actions properly raised in the statement of claim.

[18] In the result, I would allow the appeal in part, with costs in the cause.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitors for the appellant: Robertson Stromberg Pedersen, Saskatoon; Legge & Legge, Toronto; Docken & Co., Calgary.*

*Solicitor for the respondents: Ministry of Justice, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

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

On peut faire valoir que la déclaration aurait dû comporter des allégations concernant les conditions du rétablissement. Toutefois, j'estime que l'acte de procédure suffisait pour informer le gouvernement de l'essence de la réclamation. Interprété de façon généreuse, cet alinéa n'aurait pas dû être radié.

[16] Je ne me prononce pas sur la question de savoir si, compte tenu de la preuve et du droit applicable, une telle réclamation pour négligence pourra être établie à l'instruction. Toutefois, compte tenu de la règle qu'en matière de requête en radiation les actes de procédure doivent recevoir une interprétation large et qu'il doit être clair que la réclamation est irrecevable au procès, j'estime qu'il n'y a pas lieu de radier l'al. 61.1(f).

[17] Je confirmerais donc l'ordonnance de la Cour d'appel portant radiation des par. 58 à 63.1 de la déclaration, à l'exception de l'al. 61.1(f). J'ajoute que cette ordonnance n'a pas pour effet d'empêcher l'appelant de présenter d'autres demandes de modification de la déclaration ou d'invoquer des faits mentionnés dans les parties radiées de la déclaration, dans la mesure où ils se rapportent aux causes d'action valablement alléguées dans la déclaration.

[18] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi en partie, avec dépens suivant l'issue de la cause.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureurs de l'appelant : Robertson Stromberg Pedersen, Saskatoon; Legge & Legge, Toronto; Docken & Co., Calgary.*

*Procureur des intimés : Ministère de la Justice, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

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

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

**Hydro-Québec Appellant**

v.

**Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) Respondent**

**INDEXED AS: HYDRO-QUÉBEC v. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-E-S DE TECHNIQUES PROFESSIONNELLES ET DE BUREAU D'HYDRO-QUÉBEC, SECTION LOCALE 2000 (SCFP-FTQ)**

**Neutral citation: 2008 SCC 43.**

File No.: 31395.

2008: January 22; 2008: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Employment law — Duty to accommodate — Undue hardship — Employee frequently absent for extended periods because of illness — Employee dismissed for her absenteeism and inability to work on regular and reasonable basis — Interaction between employer's duty to accommodate sick employee and employee's duty to do work — Time relevant to determination of whether employer has fulfilled duty to accommodate — Interpretation and application of undue hardship standard.*

The complainant, an employee of Hydro-Québec, had a number of physical and mental problems, and her record of absences indicated that she had missed 960 days of work between January 3, 1994 and July 19, 2001. Over the years, the employer had adjusted her working conditions in light of her limitations. At the time of her dismissal on July 19, 2001, the complainant had been absent from work since February 8. Her attending physician had recommended that she stop working for an indefinite period, and the employer's psychiatric assessment mentioned that the complainant would no longer be able to "work

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Hydro-Québec Appellante**

c.

**Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) Intimé**

**RÉPERTORIÉ : HYDRO-QUÉBEC c. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-E-S DE TECHNIQUES PROFESSIONNELLES ET DE BUREAU D'HYDRO-QUÉBEC, SECTION LOCALE 2000 (SCFP-FTQ)**

**Référence neutre : 2008 CSC 43.**

N° du greffe : 31395.

2008 : 22 janvier; 2008 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit de l'emploi — Obligation d'accommodement — Contrainte excessive — Absences fréquentes et prolongées d'une employée pour cause de maladie — Employée congédiée pour son absentéisme et son incapacité à fournir une prestation de travail régulière et raisonnable — Interaction entre l'obligation de l'employeur d'accommoder une employée malade et l'obligation de l'employée de fournir une prestation de travail — Moment pertinent pour déterminer si l'employeur a satisfait son obligation d'accommodement — Interprétation et application de la norme de la contrainte excessive.*

La plaignante, une employée d'Hydro-Québec, souffre de nombreux problèmes physiques et mentaux, et son dossier d'absences indique qu'elle a manqué 960 jours de travail entre le 3 janvier 1994 et le 19 juillet 2001. Au fil des ans, l'employeur ajuste les conditions de travail de la plaignante pour tenir compte des limites de cette dernière. Au moment de son congédiement, le 19 juillet 2001, la plaignante ne s'était pas présentée au travail depuis le 8 février. Son médecin traitant lui avait prescrit un arrêt de travail à durée indéterminée et l'expertise du psychiatre de l'employeur mentionnait que la plaignante ne serait plus en mesure de fournir

\* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

on a regular and continuous basis without continuing to have an absenteeism problem as . . . in the past". The complainant filed a grievance, alleging that her dismissal was not justified. The arbitrator dismissed the grievance on the basis that the employer had proven that, at the time it dismissed the complainant, she was unable, for the reasonably foreseeable future, to work steadily and regularly as provided for in the contract. Furthermore, the conditions for her return to work suggested by the union's expert would constitute undue hardship. The Superior Court dismissed the motion for judicial review of the arbitrator's decision. The Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment, holding that the employer had not proven that it was impossible to accommodate the complainant's characteristics. It added that the arbitrator should not have taken only the absences into account, since the duty to accommodate must be assessed as of the time the decision to terminate the employment was made.

*Held:* The appeal should be allowed.

The test for undue hardship stated by the Court of Appeal is erroneous. The test is not whether it was impossible for the employer to accommodate the employee's characteristics. Although the employer does not have a duty to change working conditions in a fundamental way, it does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee's workplace or duties to enable the employee to do his or her work. The test for undue hardship is not total unfitness for work in the foreseeable future. If the characteristics of an illness are such that the proper operation of the business is hampered excessively or if an employee with such an illness remains unable to work for the reasonably foreseeable future even though the employer has tried to accommodate him or her, the employer will have satisfied the test. The employer's duty to accommodate ends where the employee is no longer able to fulfill the basic obligations associated with the employment relationship for the foreseeable future. In the instant case, the arbitrator had not erred in law, and there was no justification for interfering with his assessment of the facts. [16] [18-19] [23]

The Court of Appeal also erred in holding that the duty to accommodate had to be assessed as of the time the decision to dismiss the complainant was made. It is instead necessary to assess the duty to accommodate globally in a way that takes into account the entire time the employee was absent. [20]

« une prestation de services régulière et continue sans continuer à présenter un problème d'absentéisme comme [. . .] dans le passé ». La plaignante dépose un grief, alléguant que le congédiement n'est pas justifié. L'arbitre rejette le grief au motif que l'employeur avait prouvé qu'au moment où il a congédié la plaignante, celle-ci ne pouvait, dans un avenir raisonnablement prévisible, remplir sa prestation de travail soutenue et régulière prévue au contrat. De plus, les conditions de retour au travail suggérées par l'expert du syndicat constitueraient une contrainte excessive. La Cour supérieure rejette la requête en révision judiciaire de la décision de l'arbitre. La Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure, concluant que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il lui était impossible de composer avec les caractéristiques de la plaignante. De plus, l'arbitre ne devait pas uniquement tenir compte des absences car l'obligation d'accommodement doit être évaluée au moment de la décision de mettre fin à l'emploi.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Le critère d'évaluation de la contrainte excessive formulé par la Cour d'appel est erroné. Ce critère n'est pas l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé. Bien que l'employeur n'ait pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, il a cependant l'obligation d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail. L'incapacité totale d'un salarié de fournir toute prestation de travail dans un avenir prévisible n'est pas le critère de détermination de la contrainte excessive. Lorsque les caractéristiques d'une maladie sont telles que la bonne marche de l'entreprise est entravée de façon excessive ou lorsque l'employeur a tenté de convenir de mesures d'accommodement avec l'employé aux prises avec une telle maladie, mais que ce dernier demeure néanmoins incapable de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible, l'employeur aura satisfait à son obligation de démontrer la contrainte excessive. L'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur cesse là où les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail ne peuvent plus être remplies par l'employé dans un avenir prévisible. En l'espèce, l'arbitre n'avait commis aucune erreur de droit et rien ne justifiait une intervention dans son appréciation des faits. [16] [18-19] [23]

C'est aussi par erreur que la Cour d'appel a estimé que l'obligation d'accommodement devait être évaluée au moment de la décision de congédier la plaignante. Plutôt, il faut privilégier une évaluation globale de l'obligation d'accommodement qui tient compte de l'ensemble de la période pendant laquelle l'employé s'est absenté. [20]

### Cases Cited

**Applied:** *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4; **referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311.

### Statutes and Regulations Cited

*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Bich and Dufresne J.J.A.), [2006] R.J.Q. 426, [2006] R.J.D.T. 1, [2006] Q.J. No. 907 (QL), 2006 CarswellQue 770, 2006 QCCA 150 (CanLII), setting aside a decision of Matteau J., [2004] Q.J. No. 11048 (QL), 2004 CarswellQue 3043. Appeal allowed.

*Robert Bonhomme, Robert Dupont and Julie Lapierre*, for the appellant.

*Richard Bertrand*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal requires the Court to take another look at the rules protecting employees in the event of non-culpable absenteeism and the rules governing contracts of employment. In particular, the Court must consider the interaction between the employer's duty to accommodate a sick employee and the employee's duty to do his or her work. For the reasons that follow, I would allow the appeal and affirm the Superior Court's judgment dismissing the application for judicial review of the arbitration award in issue.

#### 1. Facts and Procedural History

[2] The complainant's employment with the appellant, Hydro-Québec, was marked by numerous

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4; **arrêts mentionnés :** *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311.

### Lois et règlements cités

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Bich et Dufresne), [2006] R.J.Q. 426, [2006] R.J.D.T. 1, [2006] J.Q. n° 907 (QL), 2006 CarswellQue 770, 2006 QCCA 150, qui a infirmé une décision de la juge Matteau, [2004] J.Q. n° 11048 (QL), 2004 CarswellQue 3043. Pourvoi accueilli.

*Robert Bonhomme, Robert Dupont et Julie Lapierre*, pour l'appelante.

*Richard Bertrand*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le pourvoi requiert que la Cour se penche à nouveau sur les règles protégeant l'employé qui s'absente pour un motif non fautif et celles régissant le contrat de travail. Plus particulièrement, la Cour est appelée à s'interroger sur l'interaction entre l'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'accommodement à l'égard d'un employé malade et l'obligation de l'employé de fournir sa prestation de travail. Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et je confirmerais le jugement de la Cour supérieure rejetant la demande de révision judiciaire de la sentence arbitrale en cause.

#### 1. Exposé des faits et historique des procédures

[2] L'emploi de la plaignante chez l'appelante, Hydro-Québec, est marqué par de nombreux



physical and mental problems: she suffered from tendinitis, epicondylitis and bursitis, had undergone a number of surgical procedures for various problems, took medication for various other physical problems (hypothyroidism, hypertension, etc.), and had episodes of reactive depression and a mixed personality disorder with borderline and dependent character traits.

[3] The complainant's record of absences indicates that she missed 960 days of work between January 3, 1994 and July 19, 2001, that is, during the last seven and a half years she was employed by Hydro-Québec. These absences were due to her many problems. One of the main problems was that her personality disorder resulted in deficient coping mechanisms and that, as a result, her relationships with supervisors and co-workers were difficult. Over the years, the employer adjusted her working conditions in light of her limitations: light duties, gradual return to work following a depressive episode, etc. As well, following an administrative reorganization in which the complainant's position was abolished and she became surplus, the employer assigned her to a position she was not owed, although the union had not consented to this.

[4] At the time of her dismissal on July 19, 2001, the complainant had been absent from work since February 8 of that year and had been seen by her attending physician, who recommended that she stop working for an indefinite period, [TRANSLATION] "until the work-related dispute is resolved". The employer had also obtained a psychiatric assessment, which included a conclusion that the complainant would no longer be able to [TRANSLATION] "work on a regular and continuous basis without continuing to have an absenteeism problem as . . . in the past". The employer's letter informing the complainant of her administrative dismissal referred to her absenteeism, her inability to work on a [TRANSLATION] "regular and reasonable" basis and the fact that no improvement in her attendance at work was expected. The complainant

problèmes physiques et mentaux : tendinites, épicondylites, bursite, nombreuses interventions chirurgicales liées à des problèmes variés, prise de médicaments en raison d'autres problèmes physiques variés (hypothyroïdie, hypertension, etc.), dépressions situationnelles et trouble de la personnalité mixte avec des traits de caractère borderline et de dépendance.

[3] Le dossier d'absences de la plaignante indique qu'elle a manqué 960 jours de travail entre le 3 janvier 1994 et le 19 juillet 2001, soit les sept dernières années et demie de son emploi chez Hydro-Québec. Ces absences sont expliquées par les multiples problèmes qu'éprouve la plaignante. L'un des principaux problèmes est que le trouble de personnalité dont souffre la plaignante entraîne une carence de ses mécanismes d'adaptation et que ses relations avec ses supérieurs et collègues de travail sont de ce fait difficiles. Au fil des ans, l'employeur procède à des ajustements des conditions de travail de la plaignante pour tenir compte des limites de cette dernière : travail léger, retour progressif au travail après une dépression, etc. De même, à la suite d'une réorganisation administrative qui a pour effet d'éliminer le poste de la plaignante et de la rendre surnuméraire, l'employeur lui attribue un poste qui ne lui revient pas malgré l'absence de consentement du syndicat.

[4] Au moment de son congédiement, le 19 juillet 2001, la plaignante ne s'était pas présentée au travail depuis le 8 février de la même année et avait été vue par son médecin traitant qui avait prescrit un arrêt de travail d'une durée indéterminée « jusqu'à ce que le conflit de travail soit réglé ». L'employeur avait aussi obtenu une expertise d'un psychiatre, lequel avait notamment conclu que la plaignante ne serait plus en mesure de fournir « une prestation de services régulière et continue sans continuer à présenter un problème d'absentéisme comme [. . .] dans le passé ». La lettre de l'employeur informant la plaignante de son congédiement administratif fait état de son absentéisme, de son incapacité de fournir une prestation « régulière et raisonnable » et d'un pronostic défavorable concernant l'amélioration de son assiduité au travail. Alléguant que

filed a grievance, alleging that her dismissal was not justified.

[5] The arbitrator who heard the case dismissed the grievance. He was of the opinion [TRANSLATION] “that, in principle, the [e]mployer could terminate its contract of employment with the complainant if it could prove that, at the time it made that administrative decision, the complainant was unable, for the reasonably foreseeable future, to work steadily and regularly as provided for in the contract”. The arbitrator stated that, according to the employer’s experts, no medication can effectively treat a condition such as a personality disorder, and that psychotherapy can at most alleviate the symptoms very slightly. Those experts estimated the risk of depressive relapse at more than 90 percent. In their words, [TRANSLATION] “the future will mirror the past”. On the other hand, the arbitrator noted that the expert for the Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) (“Union”), which represents the complainant and is the respondent in this Court, was of the opinion that the complainant could

[TRANSLATION] work in a satisfactory manner provided that it is possible to eliminate the stressors — both those related to her work and those arising out of her relationship with her immediate family — that affect her and make her unable to work. He suggests a complete change in the complainant’s work environment.

[6] The arbitrator concluded that, given the specific characteristics of the complainant’s illness, if the suggestion of the Union’s expert were accepted, [TRANSLATION] “the [e]mployer would have to periodically, on a recurring basis, provide the complainant with a new work environment, a new immediate supervisor and new co-workers to keep pace with the evolution of the ‘love-hate’ cycle of her relationships with supervisors and co-workers”. The arbitrator added that some of the factors that contributed to the complainant’s condition were beyond the employer’s control and that the employer would not be able to eliminate stressors related to the complainant’s family environment, as the suggestion of the Union’s expert would require.

le congédiement n’est pas justifié, la plaignante dépose un grief.

[5] L’arbitre saisi du dossier rejette le grief. Il est d’avis « que l’[e]mployeur pouvait en principe mettre fin au contrat de travail qui le liait à la plaignante dans la mesure où il pouvait faire la preuve qu’au moment où fut prise cette décision administrative, la plaignante ne pouvait, dans un avenir raisonnablement prévisible, remplir la prestation de travail soutenue et régulière prévue au contrat ». L’arbitre indique que, selon les experts patronaux, aucun médicament ne permet de traiter efficacement une affection comme un trouble de la personnalité, et que la psychothérapie permet tout au plus d’apporter une très légère atténuation des symptômes. Ces experts estiment le risque de rechute dépressive à plus de 90 p. 100. Selon eux, « le futur sera à l’image du passé ». Par ailleurs, l’arbitre retient que l’expert du Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) (« Syndicat »), qui représente la plaignante et est intimé devant notre Cour, est d’avis que la plaignante pourrait

effectuer une prestation de travail satisfaisante dans la mesure où l’on réussit à éliminer les stressors qui affectent la plaignante, et provoquent son incapacité, tant ceux qui proviennent du travail que ceux qui proviennent de ses rapports avec sa famille immédiate. Il propose un changement complet du milieu de travail de la plaignante.

[6] L’arbitre conclut que, compte tenu des particularités de la maladie de la plaignante, si la suggestion de l’expert du Syndicat était retenue « l’[e]mployeur devrait fournir périodiquement, sur une base récurrente, un nouvel environnement de travail, un nouveau supérieur immédiat et de nouveaux collègues de travail, pour suivre l’évolution du cycle amour-haine que [. . .] la plaignante entretiendra avec ses supérieurs et ses collègues ». L’arbitre souligne que la condition de la plaignante dépend aussi de facteurs qui ne relèvent pas de l’employeur, que celui-ci ne peut, comme le requerrait la suggestion de l’expert du Syndicat, supprimer les facteurs de stress liés au milieu familial de la plaignante. Pour l’arbitre, les conditions suggérées par

The arbitrator found that the conditions suggested by the Union's expert would constitute undue hardship. In his view, the employer had acted properly — with patience and even tolerance — toward the complainant. He dismissed the grievance. The Union then applied for judicial review of the arbitrator's decision.

[7] Matteau J. of the Superior Court noted at the outset that the complainant's illness was a handicap within the meaning of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and that the decision to terminate her employment had been based on her inability to work regularly and steadily because of her health ([2004] Q.J. No. 11048 (QL), at paras. 29-30). The judge considered the arbitrator's assessment of the duty to accommodate. She rejected the Union's argument that the employer had to show that the complainant's absences would have [TRANSLATION] "insurmountable consequences". In the judge's view,

[TRANSLATION] [t]he arbitrator's findings on the duty to accommodate are therefore correct and are based on the opinions of the various psychiatrists who examined the employee. Although the arbitrator did not, in his reasons, refer clearly to the various steps established by the Supreme Court, he did reach the conclusion that the employer's decision was not discriminatory. This conclusion is consistent with the provisions of the Charter [of human rights and freedoms] and with what the Supreme Court has said on this question. [para. 51]

The Union responded by appealing the Superior Court's judgment.

[8] The Court of Appeal expressed the opinion that the complainant was not totally unable to work and that the arbitrator had misapplied the approach adopted in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"). According to the Court of Appeal, the employer had to prove that it was impossible to accommodate the complainant's characteristics. Furthermore, in the court's view, the arbitrator should not have taken only the absences into account, since the duty to accommodate must

l'expert du Syndicat constitueraient une contrainte excessive. Selon lui, l'employeur a agi de façon correcte, patiente, voire tolérante envers la plaignante. Il rejette le grief. Le Syndicat demande alors la révision judiciaire de la décision de l'arbitre.

[7] La juge Matteau de la Cour supérieure signale d'entrée de jeu que la maladie dont souffre la plaignante constitue un handicap au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et que la décision de mettre fin à l'emploi de la plaignante est fondée sur l'incapacité de celle-ci de fournir une prestation de travail régulière et soutenue en raison de son état de santé ([2004] J.Q. n° 11048 (QL), par. 29-30). La juge s'interroge sur l'évaluation par l'arbitre de l'obligation d'accommodement. Elle rejette la prétention du Syndicat selon laquelle l'employeur devait démontrer que les absences de la plaignante entraîneraient des « répercussions insurmontables ». Selon la juge,

[I]es conclusions de l'arbitre quant à l'obligation d'accommodement sont donc justes et prennent appui sur les opinions émises par les différents psychiatres qui ont examiné la salariée. Même si son raisonnement ne fait pas clairement référence aux différentes étapes établies par la Cour suprême, l'arbitre en est arrivé à la conclusion que la décision de l'employeur n'était pas discriminatoire. Il s'agit d'une conclusion conforme aux dispositions de la Charte [des droits et libertés de la personne], ainsi qu'aux enseignements de la Cour suprême sur cette question. [par. 51]

Face à ce résultat, le Syndicat porte le jugement de la Cour supérieure en appel.

[8] La Cour d'appel exprime l'avis que l'incapacité de la plaignante n'est pas totale et que l'arbitre a mal appliqué l'analyse établie dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »). Selon la Cour d'appel, l'employeur devait prouver qu'il lui était impossible de composer avec les caractéristiques de la plaignante. De plus, la cour estime que l'arbitre ne devait pas uniquement tenir compte des absences, car l'obligation d'accommodement doit être évaluée au moment de

be assessed as of the time the decision to terminate the employment was made ([2006] R.J.Q. 426, 2006 QCCA 150 (CanLII)).

## 2. Issue

[9] The application of the *Meiorin* approach is central to this appeal. In the Superior Court and the Court of Appeal, only the scope of the duty to accommodate was really in issue, as both courts briefly noted that the employer in fact has such a duty (Sup. Ct., at paras. 29-31; C.A., at paras. 63-64). In this Court, the appellant also argued that there was no *prima facie* discrimination and that the rules on accommodation therefore did not apply. According to the respondent, however, the employer had not shown that its attendance standard was necessary for the business to be able to meet its objectives. The preconditions for the duty to accommodate are not really in issue. The real issue is instead the interpretation and application of the undue hardship standard.

## 3. Analysis

[10] Two problems are apparent upon reading the decision of the Court of Appeal. The first is that the standard that court applied to determine whether the employer had fulfilled its duty to accommodate was whether [TRANSLATION] “it was impossible to [accommodate the complainant’s] characteristics”, and the second is that, according to the court, the duty of accommodation must be assessed as of the time of the decision to dismiss.

### A. *Standard for Proving Undue Hardship*

[11] Despite the large number of decisions concerning the rules developed in *Meiorin*, the concept of undue hardship seems to present difficulties. Certain aspects that have caused interpretation problems in the case at bar therefore need to be reviewed. First of all, it will be helpful to reproduce the explanation of the approach given in *Meiorin* (at para. 54):

la décision de mettre fin à l’emploi ([2006] R.J.Q. 426, 2006 QCCA 150).

## 2. Question en litige

[9] L’application de l’analyse établie dans l’arrêt *Meiorin* est au cœur du pourvoi. Devant la Cour supérieure et devant la Cour d’appel, seule l’étendue de l’obligation d’accommodement a réellement fait l’objet du débat, les deux cours énonçant brièvement l’assujettissement de l’employeur à cette obligation (C.S., par. 29-31; C.A., par. 63-64). Devant notre Cour, l’appelante a aussi soutenu qu’il n’y avait pas discrimination à première vue et que les règles concernant l’accommodement ne s’appliquaient donc pas. Quant à lui, l’intimé a contesté que l’employeur ait démontré que sa norme d’assiduité au travail était nécessaire pour que l’entreprise puisse atteindre ses objectifs. Les conditions préalables à l’existence de l’obligation d’accommodement ne sont pas vraiment contestées. Le véritable débat porte plutôt sur l’interprétation et l’application de la norme de la contrainte excessive.

## 3. Analyse

[10] La lecture de l’arrêt de la Cour d’appel révèle deux problèmes. Le premier est que la norme qu’a utilisée la Cour d’appel pour décider si l’employeur a satisfait à son obligation d’accommodement consistait à se demander s’« il lui était impossible de composer avec [les] caractéristiques [de la plaignante] » et le second est que le moment retenu par la cour pour apprécier l’obligation d’accommodement est celui de la décision de congédier.

### A. *Norme à satisfaire pour démontrer une contrainte excessive*

[11] Malgré le nombre important de décisions portant sur les règles élaborées dans l’arrêt *Meiorin*, il semble que le concept de contrainte excessive présente des difficultés. Il convient donc de revenir sur certains éléments qui, dans la présente affaire, ont causé des problèmes d’interprétation. Dans un premier temps, il est utile de rappeler l’analyse, telle qu’elle a été formulée dans *Meiorin* (par. 54) :

An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[12] The relevance of the approach is not in issue. However, there is a problem of interpretation in the instant case that seems to arise from the use of the word “impossible”. But it is clear from the way the approach was explained by McLachlin J. that this word relates to undue hardship (at para. 55):

This approach is premised on the need to develop standards that accommodate the potential contributions of all employees in so far as this can be done without undue hardship to the employer. Standards may adversely affect members of a particular group, to be sure. But as Wilson J. noted in *Central Alberta Dairy Pool*, [[1990] 2 S.C.R. 489], at p. 518, “[i]f a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be [a BFOR]”. It follows that a rule or standard must accommodate individual differences to the point of undue hardship if it is to be found reasonably necessary. Unless no further accommodation is possible without imposing undue hardship, the standard is not a BFOR in its existing form and the *prima facie* case of discrimination stands. [Emphasis added.]

What is really required is not proof that it is impossible to integrate an employee who does not meet a standard, but proof of undue hardship, which can take as many forms as there are circumstances. This is clear from the additional comments on undue hardship in *Meiorin* (at para. 63):

L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

[12] La pertinence de l'analyse n'est pas remise en question. Un problème d'interprétation se pose cependant en l'espèce et il semble provenir de l'utilisation du mot « impossible ». Or, si on lit l'explication de l'analyse donnée par la juge McLachlin, on voit que l'expression est liée à la contrainte excessive (par. 55) :

Cette méthode est fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d'un groupe particulier. Mais, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans *Central Alberta Dairy Pool*, [[1990] 2 R.C.S. 489], à la p. 518, « [s]'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme [une EPJ] ». Il s'ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive. À moins qu'aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme telle qu'elle existe n'est pas une EPJ, et la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination n'est pas réfutée. [Je souligne.]

Ce qui est véritablement requis ce n'est pas la démonstration de l'impossibilité d'intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d'une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu'il y a de circonstances. C'est ce qui ressort des commentaires additionnels fournis dans l'arrêt *Meiorin* concernant la contrainte excessive (par. 63) :

For example, dealing with adverse effect discrimination in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 520-21, Wilson J. addressed the factors that may be considered when assessing an employer's duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. Among the relevant factors are the financial cost of the possible method of accommodation, the relative interchangeability of the workforce and facilities, and the prospect of substantial interference with the rights of other employees. See also *Renaud*, [[1992] 2 S.C.R. 970], at p. 984, *per Sopinka J.* The various factors are not entrenched, except to the extent that they are expressly included or excluded by statute. In all cases, as Cory J. noted in *Chambly*, [[1994] 2 S.C.R. 525], at p. 546, such considerations "should be applied with common sense and flexibility in the context of the factual situation presented in each case".

[13] As these passages indicate, in the employment context, the duty to accommodate implies that the employer must be flexible in applying its standard if such flexibility enables the employee in question to work and does not cause the employer undue hardship. L'Heureux-Dubé J. accurately described the objective of protecting handicapped persons in this context in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27, at para. 36:

The purpose of Canadian human rights legislation is to protect against discrimination and to guarantee rights and freedoms. With respect to employment, its more specific objective is to eliminate exclusion that is arbitrary and based on preconceived ideas concerning personal characteristics which, when the duty to accommodate is taken into account, do not affect a person's ability to do a job.

[14] As L'Heureux-Dubé J. stated, the goal of accommodation is to ensure that an employee who is able to work can do so. In practice, this means that the employer must accommodate the employee in a way that, while not causing the employer undue hardship, will ensure that the employee can work. The purpose of the duty to accommodate is to ensure that persons who are otherwise fit to work

Par exemple, en étudiant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 520 et 521, le juge Wilson a abordé les facteurs qui peuvent être pris en considération en évaluant l'obligation d'un employeur de composer avec un employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive. Parmi les facteurs pertinents, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés. Voir également l'arrêt *Renaud*, [[1992] 2 R.C.S. 970], à la p. 984, le juge Sopinka. Les divers facteurs ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. De toute manière, comme le juge Cory l'a souligné dans *Chambly*, [[1994] 2 R.C.S. 525], à la p. 546, « [i]l y a lieu de les appliquer d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas ».

[13] Ainsi que l'indiquent ces passages, l'obligation d'accommodement dans un contexte d'emploi implique que l'employeur est tenu de faire preuve de souplesse dans l'application de sa norme si un tel assouplissement permet à l'employé concerné de fournir sa prestation de travail sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27, la juge L'Heureux-Dubé a bien exprimé l'objet de la protection des personnes handicapées dans ce contexte (par. 36) :

La législation canadienne en matière de droits de la personne envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis. Dans le domaine de l'emploi, son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard de caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail.

[14] Comme le dit la juge L'Heureux-Dubé, les mesures d'accommodement ont pour but de permettre à l'employé capable de travailler de le faire. En pratique, ceci signifie que l'employeur doit offrir des mesures d'accommodement qui, tout en n'imposant pas à ce dernier de contrainte excessive, permettront à l'employé concerné de fournir sa prestation de travail. L'obligation d'accommodement

are not unfairly excluded where working conditions can be adjusted without undue hardship.

[15] However, the purpose of the duty to accommodate is not to completely alter the essence of the contract of employment, that is, the employee's duty to perform work in exchange for remuneration. The burden imposed by the Court of Appeal in this case was misstated. The Court of Appeal stated the following:

[TRANSLATION] Hydro-Québec did not establish that [the complainant's] assessment revealed that it was impossible to [accommodate] her characteristics; in actual fact, certain measures were possible and even recommended by the experts. [Emphasis added; para. 100.]

[16] The test is not whether it was impossible for the employer to accommodate the employee's characteristics. The employer does not have a duty to change working conditions in a fundamental way, but does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee's workplace or duties to enable the employee to do his or her work.

[17] Because of the individualized nature of the duty to accommodate and the variety of circumstances that may arise, rigid rules must be avoided. If a business can, without undue hardship, offer the employee a variable work schedule or lighten his or her duties — or even authorize staff transfers — to ensure that the employee can do his or her work, it must do so to accommodate the employee. Thus, in *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4, the employer had authorized absences that were not provided for in the collective agreement. Likewise, in the case at bar, Hydro-Québec tried for a number of years to adjust the complainant's working conditions: modification of her workstation, part-time work, assignment to a new position, etc. However, in a case involving chronic absenteeism, if the employer shows that, despite measures taken to accommodate the employee, the

a pour objet d'empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive.

[15] L'obligation d'accommodement n'a cependant pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat de travail, soit l'obligation de l'employé de fournir, contre rémunération, une prestation de travail. Le fardeau qu'a imposé la Cour d'appel en l'espèce est mal formulé. Voici ce qu'a dit la Cour d'appel :

Hydro-Québec n'a pas fait la preuve que, à la suite des évaluations de [la plaignante], il lui était impossible de composer avec ses caractéristiques, alors que certaines mesures étaient envisageables et même proposées par les experts. [Je souligne; par. 100.]

[16] Le critère n'est pas l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé. L'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l'obligation d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail.

[17] En raison du caractère individualisé de l'obligation d'accommodement et de la diversité des circonstances qui peuvent survenir, toute règle rigide est à éviter. Si une entreprise peut, sans en subir de contrainte excessive, offrir des horaires de travail variables ou assouplir la tâche de l'employé, ou même procéder à autoriser des déplacements de personnel, permettant à l'employé de fournir sa prestation de travail, l'employeur devra alors ainsi accommoder l'employé. Ainsi, dans *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4, l'employeur avait autorisé des absences non prévues à la convention collective. De même, en l'espèce, Hydro-Québec a tenté pendant plusieurs années d'adapter les conditions de travail de la plaignante : aménagement physique du poste de travail, horaires à temps partiel, attribution d'un nouveau poste, etc. Cependant, en cas d'absentéisme

employee will be unable to resume his or her work in the reasonably foreseeable future, the employer will have discharged its burden of proof and established undue hardship.

[18] Thus, the test for undue hardship is not total unfitness for work in the foreseeable future. If the characteristics of an illness are such that the proper operation of the business is hampered excessively or if an employee with such an illness remains unable to work for the reasonably foreseeable future even though the employer has tried to accommodate him or her, the employer will have satisfied the test. In these circumstances, the impact of the standard will be legitimate and the dismissal will be deemed to be non-discriminatory. I adopt the words of Thibault J.A. in the judgment quoted by the Court of Appeal, *Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311: [TRANSLATION] “[In such cases,] it is less the employee’s handicap that forms the basis of the dismissal than his or her inability to fulfill the fundamental obligations arising from the employment relationship” (para. 76).

[19] The duty to accommodate is therefore perfectly compatible with general labour law rules, including both the rule that employers must respect employees’ fundamental rights and the rule that employees must do their work. The employer’s duty to accommodate ends where the employee is no longer able to fulfill the basic obligations associated with the employment relationship for the foreseeable future.

#### B. *Time of Accommodation*

[20] The Court of Appeal held that the duty to accommodate had to be assessed as of the time the decision to dismiss the complainant was made. It stated the following:

chronique, si l’employeur démontre que, malgré les accommodements, l’employé ne peut reprendre son travail dans un avenir raisonnablement prévisible, il aura satisfait à son fardeau de preuve et établi l’existence d’une contrainte excessive.

[18] L’incapacité totale d’un salarié de fournir toute prestation de travail dans un avenir prévisible n’est donc pas le critère de détermination de la contrainte excessive. Lorsque les caractéristiques d’une maladie sont telles que la bonne marche de l’entreprise est entravée de façon excessive ou lorsque l’employeur a tenté de convenir de mesures d’accommodement avec l’employé aux prises avec une telle maladie, mais que ce dernier demeure néanmoins incapable de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible, l’employeur aura satisfait à son obligation. Dans ces circonstances, l’impact causé par la norme est légitime et le congédiement sera réputé non discriminatoire. Je reprends à mon compte l’énoncé de la juge Thibault dans l’arrêt que cite la Cour d’appel, *Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311, « [dans ces cas] ce n’est pas tant son handicap qui fonde la mesure de congédiement que son incapacité de remplir les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail » (par. 76).

[19] L’obligation d’accommodement est donc parfaitement conciliable avec les règles générales du droit du travail, tant celle qui impose à l’employeur l’obligation de respecter les droits fondamentaux des employés que celle qui oblige les employés à fournir leur prestation de travail. L’obligation d’accommodement qui incombe à l’employeur cesse là où les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail ne peuvent plus être remplies par l’employé dans un avenir prévisible.

#### B. *Le moment de l’accommodement*

[20] La Cour d’appel a estimé que l’obligation d’accommodement devait être évaluée au moment de la décision de congédier la plaignante. Elle s’est exprimée ainsi :



[TRANSLATION] Nevertheless, can it be affirmed that Hydro-Québec, having in its possession relatively unfavourable expert reports on [the complainant], has established that it had considered all [reasonably possible accommodation measures] when it dismissed [the complainant]? [Underlining added; italics in original; para. 78.]

It should be noted that the Court of Appeal's judgment was delivered prior to this Court's decision in *McGill University Health Centre*. In that case, this Court reversed a decision in which the Court of Appeal had adopted the date of dismissal as the relevant date. This Court opted to assess the duty to accommodate globally in a way that took into account the entire time the employee was absent (at para. 33):

The Court of Appeal appears to have held that the duty to accommodate must be assessed as of the time the employee was effectively denied an additional measure (para. 31). In my view, this approach is based on a compartmentalization of the employee's various health problems. Undue hardship resulting from the employee's absence must be assessed globally starting from the beginning of the absence, not from the expiry of the three-year period.

[21] In the instant case, the Court of Appeal applied a compartmentalized approach that was equally inappropriate. A decision to dismiss an employee because the employee will be unable to work in the reasonably foreseeable future must necessarily be based on an assessment of the entire situation. Where, as here, the employee has been absent in the past due to illness, the employer has accommodated the employee for several years and the doctors are not optimistic regarding the possibility of improved attendance, neither the employer nor the employee may disregard the past in assessing undue hardship.

[22] The Court of Appeal's approach led it to criticize the employer for not trying to accommodate the complainant after February 8, 2001, the last day she reported for work. Even if the employer had not known the reasons for the complainant's absenteeism at the time it agreed to accommodate her,

Malgré cela, peut-on affirmer qu'Hydro-Québec, ayant en main des rapports d'expertise relativement défavorables à [la plaignante], a fait la preuve qu'elle avait envisagé *toutes* les mesures d'accommodement raisonnablement possibles au moment de congédier [la plaignante]? [Je souligne; en italique dans l'original; par. 78.]

Il convient de souligner que la décision de la Cour d'appel a été prononcée avant que notre Cour ne rende l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*. Dans cette affaire, notre Cour a infirmé la décision de la Cour d'appel, qui retenait comme pertinente la date du congédiement. Notre Cour a opté pour une évaluation globale de l'obligation d'accommodement qui tient compte de l'ensemble de la période pendant laquelle l'employée s'était absentée (par. 33) :

La Cour d'appel semble estimer que l'obligation d'accommodement devait être appréciée au moment où l'employée s'était vu en définitive refuser une mesure additionnelle (par. 31). À mon avis, cette approche repose sur une compartimentation des différents problèmes de santé de l'employée. La contrainte excessive résultant de l'absence de l'employée doit s'évaluer globalement à compter du moment où l'employée s'absente et non à l'expiration de la période de trois ans.

[21] En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué de façon tout aussi inappropriée une approche compartimentée. La décision de congédier un employé parce qu'il ne peut fournir sa prestation dans un avenir raisonnablement prévisible doit nécessairement reposer sur une évaluation de l'ensemble de la situation. Lorsque, comme en l'espèce, une maladie a causé des absences dans le passé, que l'employeur a pris des mesures d'accommodement en faveur de l'employé pendant plusieurs années et que le pronostic des médecins est peu optimiste en ce qui a trait à une amélioration de l'assiduité au travail, ni l'employeur ni l'employé ne peuvent faire abstraction du passé pour évaluer la contrainte excessive.

[22] L'approche de la Cour d'appel l'a amenée à reprocher à l'employeur de n'avoir pas tenté de composer avec la plaignante après le 8 février 2001, soit le dernier jour où elle s'est présentée au travail. Même si l'employeur n'avait pas connu les causes de l'absentéisme de la plaignante au moment où

her personal file, including the record of her past absences, was nonetheless entirely relevant for the purpose of putting the experts' prognosis for the period after February 8 into context. The Court of Appeal found that the employer did not know the nature of the complainant's mental disorders and therefore could not have taken action in this regard. Believing that it had detected an error in the arbitrator's approach, the Court of Appeal reinterpreted the evidence and concluded that a gradual return to work was a possible accommodation. My view is that it is in fact the Court of Appeal that erred and that that court should not have interfered with the arbitrator's assessment of the evidence.

#### 4. Conclusion

[23] I therefore conclude that the Court of Appeal's decision contains two errors of law, one relating to the standard for assessing undue hardship and the other relating to the time that is relevant to the determination of whether the employer has fulfilled its duty to accommodate. The arbitrator, on the other hand, did not err in law, and there was no justification for interfering with his assessment of the facts.

[24] For the above reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and affirm the Superior Court's judgment dismissing the motion for judicial review, with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal; Judicial Affairs, Hydro-Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Trudel, Nadeau, Montréal.*

il a consenti à des mesures d'accommodement, il n'en demeure pas moins que le dossier personnel de cette dernière, y compris le relevé de ses absences passées, conservait toute sa pertinence pour bien contextualiser le pronostic des experts pour la période postérieure au 8 février. En l'espèce, la Cour d'appel a considéré que l'employeur ne connaissait pas la nature des troubles mentaux de la plaignante et ne pouvait donc pas avoir pris de mesures à cet égard. Ayant cru déceler une erreur dans l'approche de l'arbitre, la Cour d'appel a réinterprété la preuve et conclu qu'un retour progressif au travail était une mesure d'accommodement possible. J'estime plutôt que c'est la Cour d'appel qui a commis une erreur et qu'elle n'aurait pas dû intervenir dans l'évaluation de la preuve faite par l'arbitre.

#### 4. Conclusion

[23] Je conclus donc que la décision de la Cour d'appel est entachée de deux erreurs de droit, l'une portant sur la norme d'évaluation de la contrainte excessive et l'autre portant sur le moment pertinent pour décider si l'employeur a satisfait à son obligation d'accommodement. Par contre, l'arbitre, n'a commis aucune erreur de droit et rien ne justifiait d'intervenir à l'égard de son appréciation des faits.

[24] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel et de confirmer le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête en révision judiciaire, le tout avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Heenan Blaikie, Montréal; Affaires juridiques, Hydro-Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Trudel, Nadeau, Montréal.*

**Privacy Commissioner of Canada** *Appellant*

v.

**Blood Tribe Department of Health** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Federation of Law Societies of Canada, Information Commissioner of Canada, New Brunswick Office of the Ombudsman, Information and Privacy Commissioner of British Columbia, Information and Privacy Commissioner of Ontario, Advocates' Society, Canadian Bar Association and Information and Privacy Commissioner of Alberta** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (PRIVACY COMMISSIONER) v. BLOOD TRIBE DEPARTMENT OF HEALTH**

**Neutral citation: 2008 SCC 44.**

File No.: 31755.

2008: February 21; 2008: July 17.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Privacy — Investigations of complaints — Powers of Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether Commissioner can compel production of privileged documents — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 12.*

**Commissaire à la protection de la vie privée du Canada** *Appelant*

c.

**Blood Tribe Department of Health** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Commissaire à l'information du Canada, Bureau de l'Ombudsman du Nouveau-Brunswick, Information and Privacy Commissioner of British Columbia, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Advocates' Society, Association du Barreau canadien et Information and Privacy Commissioner of Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE) c. BLOOD TRIBE DEPARTMENT OF HEALTH**

**Référence neutre : 2008 CSC 44.**

N° du greffe : 31755.

2008 : 21 février; 2008 : 17 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Protection des renseignements personnels — Enquêtes relatives aux plaintes — Pouvoirs du Commissaire à la protection de la vie privée — Production de documents — Privilège du secret professionnel de l'avocat — Plainte au Commissaire à la protection de la vie privée par une employée congédiée cherchant à obtenir l'accès aux renseignements personnels relatifs à son emploi — Employeur revendiquant le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certains documents — Le commissaire peut-il exiger la production de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 12.*

Following her dismissal, an employee asked to have access to her personal employment information because she suspected that the employer had improperly collected inaccurate information and used it to discredit her before its board. The employer denied the request, and the employee filed a complaint with the Privacy Commissioner seeking access to her personal file. The Commissioner requested the records from the employer in broad terms. All records were provided except for those over which the employer claimed solicitor-client privilege. The Commissioner then ordered production of the privileged documents pursuant to s. 12 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (“*PIPEDA*”), which confers the powers to compel the production of any records “in the same manner and to the same extent as a superior court of record” and to “receive and accept any evidence and other information . . . whether or not it is or would be admissible in a court of law”. The employer applied for judicial review of the Commissioner’s decision. The reviewing judge determined the Commissioner was empowered to compel production of documents over which solicitor-client privilege was claimed in order to effectively complete her statutory investigative role. The Federal Court of Appeal set aside the decision of the reviewing judge and vacated the Commissioner’s order for production of records.

**Held:** The appeal should be dismissed.

Solicitor-client privilege is fundamental to the proper functioning of our legal system. The complex of rules and procedures is such that, realistically speaking, it cannot be navigated without a lawyer’s expert advice. However, experience shows that people who have a legal problem will often not make a clean breast of the facts to a lawyer without an assurance of confidentiality “as close to absolute as possible”. Without that assurance, access to justice and the quality of justice in this country would be severely compromised. It is in the public interest that the free flow of legal advice be encouraged. [9]

When the appropriate principles of statutory interpretation are applied to the general language of *PIPEDA*, the right of the individual or organization that is the target of the complaint to keep solicitor-client confidences confidential must prevail. The Commissioner

Après son congédiement, une employée a demandé d’avoir accès aux renseignements personnels relatifs à son emploi parce qu’elle soupçonnait l’employeur d’avoir irrégulièrement recueilli des renseignements inexacts et de les avoir utilisés pour la discréditer auprès de son conseil d’administration. L’employeur a refusé de lui communiquer ces renseignements et l’employée a déposé une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée en vue d’avoir accès à son dossier personnel. Le commissaire a demandé le dossier à l’employeur en termes généraux. Tout le dossier a été fourni sauf les documents à l’égard desquels l’employeur invoquait le privilège du secret professionnel de l’avocat. Le commissaire a alors ordonné la production des documents protégés en se fondant sur l’art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (« *LPRPDE* ») qui confère au commissaire le pouvoir d’obliger une personne à produire tout document « de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives », et de « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements [ . . . ] qu’il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ». L’employeur a demandé le contrôle judiciaire de la décision du commissaire. Le juge chargé du contrôle judiciaire a décidé que le commissaire avait le pouvoir d’exiger la production de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est revendiqué afin d’exercer efficacement les fonctions que lui impose la loi en matière d’examen des plaintes. La Cour d’appel fédérale a annulé la décision du juge chargé du contrôle judiciaire et a cassé l’ordonnance du commissaire relative à la production des documents.

**Arrêt :** Le pourvoi est rejeté.

Le secret professionnel de l’avocat est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. Étant donné la complexité des règles de droit et de procédure, il est impossible, de manière réaliste, de s’y retrouver sans les conseils d’un avocat. Toutefois, nous savons par expérience que les personnes aux prises avec un problème juridique se refuseront souvent à dévoiler la totalité des faits à un avocat s’ils n’ont pas une garantie de confidentialité « aussi absolue que possible ». Sans cette garantie, l’accès à la justice et la qualité de la justice dans notre pays seraient sérieusement compromis. Il est dans l’intérêt public que la libre circulation des conseils juridiques soit favorisée. [9]

Si l’on applique aux termes généraux utilisés dans la *LPRPDE* les principes appropriés d’interprétation des lois, le droit de la personne ou de l’organisation visée par la plainte de préserver la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de

is an officer of Parliament vested with administrative functions of great importance, but she does not, for the purpose of reviewing solicitor-client confidences, occupy the same position of independence and authority as a court. It is well established that general words of a statutory grant of authority to an office holder, including words as broad as those contained in s. 12 *PIPEDA*, do not confer a right to access solicitor-client documents, even for the limited purpose of determining whether the privilege is properly claimed. That role is reserved for the courts. Express words are necessary to permit a statutory official to “pierce” the privilege. Such clear and explicit language does not appear in *PIPEDA*. [1-2]

An adjudication of a claim of privilege by the Commissioner, who is an administrative investigator not an adjudicator, would be an infringement of the privilege. Client confidence is the underlying basis for the solicitor-client privilege, and infringement must be assessed through the eyes of the client. To a client, compelled disclosure to an administrative officer, even if not disclosed further, would constitute an infringement of the confidentiality. The objection is all the more serious where, as here, there is a possibility of the privileged information being made public or used against the person entitled to the privilege. Furthermore, in pursuit of its mandate, the administrative officer may become adverse in interest to the party whose documents it wants to access. Not only may it take the resisting party to court but it may decide to share compelled information with prosecutorial authorities without court order or the consent of the party from whom the information was compelled. [20-21] [23]

Here, the only reason the Commissioner gave for compelling the production and inspection of the documents in this case is that the employer indicated that such documents existed. She does not claim any necessity arising from the circumstances of this particular inquiry. The Commissioner is therefore demanding routine access to such documents in any case she investigates where solicitor-client privilege is invoked. In the Commissioner’s view, piercing the privilege would become the norm rather than the exception in the course of her everyday work. Even courts will decline to review solicitor-client documents to adjudicate the existence of privilege unless evidence or argument establishes

l’avocat doit l’emporter. La commissaire est un agent du Parlement chargée de fonctions administratives très importantes mais, s’agissant de l’examen des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat, elle n’est pas dans la même situation d’indépendance et d’autorité qu’un tribunal judiciaire. Il est bien établi qu’une disposition législative conférant des pouvoirs au titulaire d’une fonction, dans des termes aussi généraux que ceux employés à l’art. 12 *LPRPDE*, ne confère pas un droit d’accès aux documents visés par le secret professionnel de l’avocat, même à seule fin de déterminer si le secret professionnel est invoqué à bon droit. Ce rôle est réservé aux tribunaux judiciaires. Des termes exprès sont nécessaires pour permettre au titulaire d’une fonction créée par la loi de passer outre au privilège. La *LPRPDE* ne comporte pas de telles dispositions claires et explicites. [1-2]

Une décision sur la revendication du privilège de la part de la commissaire, qui est un enquêteur administratif et non une autorité décisionnelle, constituerait une violation du privilège. La confiance du client est le fondement du privilège du secret professionnel de l’avocat, dont la violation doit être évaluée du point de vue du client. Pour un client, la communication, sous la contrainte, de renseignements confidentiels à un fonctionnaire, même si les renseignements ne sont divulgués à personne d’autre, constituerait une violation de la confidentialité. L’objection est d’autant plus sérieuse lorsqu’il existe comme en l’espèce une possibilité que les renseignements visés par le privilège soient rendus publics ou soient utilisés contre la personne qui a droit au privilège. En outre, dans l’exercice de son mandat, le fonctionnaire peut avoir des intérêts opposés à ceux de la personne qui possède les documents auxquels il veut obtenir l’accès. Non seulement peut-il faire traduire en justice la personne récalcitrante, mais il peut décider de communiquer les renseignements obtenus par la contrainte aux autorités chargées des poursuites, sans ordonnance judiciaire ou sans le consentement de la personne qui a été obligée de les fournir. [20-21] [23]

En l’espèce, la seule raison donnée par la commissaire pour contraindre la production et l’inspection des documents était que l’employeur avait fait savoir que les documents en question existaient. Elle n’invoque aucune nécessité découlant des circonstances de cet examen en particulier. La commissaire réclame donc l’accès systématique à de tels documents chaque fois que le privilège du secret professionnel de l’avocat est invoqué dans le cadre d’un examen. De l’avis de la commissaire, la levée du privilège deviendrait la norme et non l’exception dans son travail quotidien. Même les tribunaux refusent d’examiner des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat pour statuer

the necessity of doing so to fairly decide the issue. [17]

The Commissioner has not made out a case that routine access to solicitor-client confidences is necessary to achieve the ends sought by *PIPEDA*. There are other less intrusive remedies. Firstly, she may, at any point in her investigation, refer a question of solicitor-client privilege to the Federal Court under s. 18.3(1) of the *Federal Courts Act*. Secondly, within the framework of *PIPEDA* itself, the Commissioner has the right to report an impasse over privilege in her s. 13 report and, with the agreement of the complainant, bring an application to the Federal Court for relief under s. 15. The court is empowered, if it thinks it necessary, to review the contested material and determine whether the solicitor-client privilege has been properly claimed. This procedure permits verification while preserving the privilege as much as possible. [31] [33-34]

### Cases Cited

**Referred to:** *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2006] 2 S.C.R. 319, 2006 SCC 39; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36; *Juman v. Doucette*, [2008] 1 S.C.R. 157, 2008 SCC 8; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572, 2004 FCA 387; *Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13; *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] 5 W.W.R. 710; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127;

sur l'existence du privilège, à moins que des éléments de preuve ou des arguments démontrent la nécessité de le faire pour trancher la question en toute justice. [17]

La commissaire n'a pas établi que l'accès systématique aux communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est nécessaire à la réalisation des objectifs de la *LPRPDE*. Il existe des mesures moins attentatoires. Premièrement, elle peut, en tout temps pendant son examen, renvoyer à la Cour fédérale une question relative au privilège du secret professionnel de l'avocat, aux termes du par. 18.3(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Deuxièmement, dans le cadre de la *LPRPDE* elle-même, la commissaire a le droit de signaler, dans le rapport qu'elle dresse suivant l'art. 13, les situations d'impasse relative au privilège et, avec le consentement du plaignant, d'exercer un recours devant la Cour fédérale sur le fondement de l'art. 15. La cour a le pouvoir, si elle l'estime nécessaire, d'examiner les documents en cause et de déterminer si le privilège du secret professionnel de l'avocat a été revendiqué à bon droit. Ce recours permet la vérification tout en préservant autant que possible le privilège. [31] [33-34]

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36; *Juman c. Doucette*, [2008] 1 R.C.S. 157, 2008 CSC 8; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572, 2004 CAF 387; *Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13; *Pocklington Foods Inc. c. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] 5 W.W.R. 710; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2000] A.C.F.

*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2005] 4 F.C.R. 673, 2005 FCA 199.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 50.  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 50.  
*Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, s. 29.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.3(1).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 31(2).  
*Lobbyists Registration Act*, R.S.C. 1985, c. 44 (4th Supp.), s. 10.4.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 4(1)(a), (b), 7(1)(b), 9(3), 11 to 16, 17(1), (2), 20(1), (3), (4), (5), Sch. I, clause 4.9.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 34(2).  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II, s. 34(2).  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 99.

### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Lawson, Ian B. *Privacy and Free Enterprise: The Legal Protection of Personal Information in the Private Sector*, 2nd ed. rev. by Bill Jeffery. Ottawa: Public Interest Advocacy Centre, 1997.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sharlow, Pelletier and Malone J.J.A.), [2007] 2 F.C.R. 561, 274 D.L.R. (4th) 665, 354 N.R. 302, 61 Admin. L.R. (4th) 1, 53 C.P.R. (4th) 273, [2006] F.C.J. No. 1544 (QL), 2006 CarswellNat 3294, 2006 FCA 334, reversing a judgment of Mosley J., [2005] 4 F.C.R. 34, 265 F.T.R. 276, 40 C.P.R. (4th) 7, 133 C.R.R. (2d) 124, [2005] F.C.J. No. 406 (QL), 2005 CarswellNat 612, 2005 FC 328. Appeal dismissed.

Steven Welchner and Patricia Kosseim, for the appellants.

n° 480 (QL); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2005] 4 R.C.F. 673, 2005 CAF 199.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 50.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 31(2).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 99.  
*Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R.C. 1985, ch. 44 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 10.4.  
*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 29.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 34(2).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II, art. 34(2).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 4(1)a), b), 7(1)b), 9(3), 11 à 16, 17(1), (2), 20(1), (3), (4), (5), ann. I, art. 4.9.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 50.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.3(1).

### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville : Yvon Blais, 1990.  
 Lawson, Ian B. *Privacy and Free Enterprise : The Legal Protection of Personal Information in the Private Sector*, 2nd ed. rev. by Bill Jeffery. Ottawa : Public Interest Advocacy Centre, 1997.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Pelletier et Malone), [2007] 2 R.C.F. 561, 274 D.L.R. (4th) 665, 354 N.R. 302, 61 Admin. L.R. (4th) 1, 53 C.P.R. (4th) 273, [2006] A.C.F. n° 1544 (QL), 2006 CarswellNat 4539, 2006 CAF 334, qui a rejeté une décision du juge Mosley, [2005] 4 R.C.F. 34, 265 F.T.R. 276, 40 C.P.R. (4th) 7, 133 C.R.R. (2d) 124, [2005] A.C.F. n° 406 (QL), 2005 CarswellNat 2285, 2005 CF 328. Pourvoi rejeté.

Steven Welchner et Patricia Kosseim, pour l'appelant.

*Eugene Creighton, Q.C., Gary Befus and Ken McLeod*, for the respondent.

*Christopher Rupar*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Bruce T. MacIntosh, Q.C., Angus Gibbon and Garner A. Groome*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

*Marlys Edwardh, Daniel Brunet and Diane Therrien*, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

*Christian Whalen*, for the intervener the New Brunswick Office of the Ombudsman.

*Susan E. Ross*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

*William S. Challis and Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Benjamin Zarnett and Julie Rosenthal*, for the intervener the Advocates' Society.

*Mahmud Jamal and Craig Lockwood*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Ritu Khullar and Vanessa Cosco*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal requires the Court to resolve a conflict between, on the one hand, the Privacy Commissioner's statutory power to have access to personal information about a complainant for the purpose of ensuring compliance with the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 ("PIPEDA"), and, on the other hand, the right of the target of the complaint (in this case a former employer of the complainant) to keep solicitor-client confidences confidential. In my view, when the appropriate principles of statutory interpretation are applied to the general language of PIPEDA, the right of the individual or organization that is the target of the

*Eugene Creighton, c.r., Gary Befus et Ken McLeod*, pour l'intimé.

*Christopher Rupar*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Bruce T. MacIntosh, c.r., Angus Gibbon et Garner A. Groome*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

*Marlys Edwardh, Daniel Brunet et Diane Therrien*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

*Christian Whalen*, pour l'intervenant le Bureau de l'Ombudsman du Nouveau-Brunswick.

*Susan E. Ross*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

*William S. Challis et Stephen McCammon*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Benjamin Zarnett et Julie Rosenthal*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Mahmud Jamal et Craig Lockwood*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Ritu Khullar et Vanessa Cosco*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à résoudre un conflit entre, d'une part, le pouvoir que la loi accorde au Commissaire à la protection de la vie privée d'avoir accès aux renseignements personnels au sujet d'un plaignant afin de veiller au respect de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (« LPRPDE »), et, d'autre part, le droit de la personne visée par la plainte (en l'espèce, un ancien employeur de la plaignante) de préserver la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat. À mon avis, si l'on applique aux termes généraux utilisés dans la LPRPDE les principes



complaint to keep solicitor-client confidences confidential must prevail.

[2] Section 12 *PIPEDA* gives the Privacy Commissioner express statutory authority to compel a person to produce any records that the Commissioner considers necessary to investigate a complaint “in the same manner and to the same extent as a superior court of record” and to “receive and accept any evidence and other information . . . whether or not it is or would be admissible in a court of law”. She therefore argues that, as is the case with a court, she may review documents for which solicitor-client privilege is claimed to determine whether the claim is justified. I do not agree. The Privacy Commissioner is an officer of Parliament vested with administrative functions of great importance, but she does not, for the purpose of reviewing solicitor-client confidences, occupy the same position of independence and authority as a court. It is well established that general words of a statutory grant of authority to an office holder such as an ombudsperson or a regulator, including words as broad as those contained in s. 12 *PIPEDA*, do not confer a right to access solicitor-client documents, even for the limited purpose of determining whether the privilege is properly claimed. That role is reserved for the courts. Express words are necessary to permit a regulator or other statutory official to “pierce” the privilege. Such clear and explicit language does not appear in *PIPEDA*. This was the view of the Federal Court of Appeal and I agree with it. I would dismiss the appeal.

#### I. Facts

[3] Annette Soup was dismissed from her employment with the Blood Tribe Department of Health,

appropriés d’interprétation des lois, le droit de la personne ou de l’organisation visée par la plainte de préserver la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat doit l’emporter.

[2] L’article 12 *LPRPDE* confère expressément au Commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir d’obliger une personne à produire les documents qu’il juge nécessaires pour examiner une plainte dont il est saisi, « de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives », et de « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements [. . .] qu’il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ». La commissaire soutient de ce fait qu’elle peut, à l’instar d’un tribunal judiciaire, examiner des documents à l’égard desquels le privilège du secret professionnel de l’avocat est revendiqué pour déterminer si la revendication est justifiée. Je ne suis pas d’accord. La Commissaire à la protection de la vie privée est un agent du Parlement chargée de fonctions administratives très importantes mais, s’agissant de l’examen des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat, elle n’est pas dans la même situation d’indépendance et d’autorité qu’un tribunal judiciaire. Il est bien établi qu’une disposition législative conférant des pouvoirs au titulaire d’une fonction comme celle de protecteur du citoyen ou à une autorité de réglementation, dans des termes aussi généraux que ceux employés à l’art. 12 *LPRPDE*, ne confère pas un droit d’accès aux documents visés par le secret professionnel de l’avocat, même à seule fin de déterminer si le secret professionnel est invoqué à bon droit. Ce rôle est réservé aux tribunaux judiciaires. Des termes exprès sont nécessaires pour permettre à une autorité de réglementation ou à tout autre titulaire d’une fonction créée par la loi de passer outre au privilège. La *LPRPDE* ne comporte pas de telles dispositions claires et explicites. C’est le point de vue exprimé par la Cour d’appel fédérale, auquel je souscris. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

#### I. Faits

[3] Annette Soup a été congédiée par le Blood Tribe Department of Health au printemps 2002.

in the spring of 2002. At the time of dismissal, the employer sought legal advice from its solicitors. Ms. Soup's employment file thus included the correspondence between the employer and its solicitors. There is no suggestion that this consultation was in any way improper in purpose or in content.

[4] Following her dismissal, Ms. Soup asked to have access to her personnel file because she suspected that the employer had improperly collected inaccurate information and used that information to discredit her before its board. The employer denied Ms. Soup's request for access without giving reasons. Ms. Soup then filed a complaint with the Privacy Commissioner seeking access to her personal employment information. The Privacy Commissioner requested Ms. Soup's employment records. The employer provided some documents but withheld what it described as a "bundle of letters" from its solicitors over which a claim of solicitor-client privilege was advanced, relying on s. 9(3)(a) *PIPEDA*, which provides:

9. . . .

(3) Despite the note that accompanies clause 4.9 of Schedule 1, an organization is not required to give access to personal information only if

(a) the information is protected by solicitor-client privilege;

[5] The Privacy Commissioner, through her General Counsel, responded on July 16, 2003, as follows:

In your letter you have framed the legal issue as "Is the Blood Tribe required by law to provide access to the solicitor-client privileged documents to the Office of the Privacy Commissioner?"

Our answer to that question is an unqualified yes. . . . [The Privacy Commissioner takes the position that] in order to fulfil his mandate according to his standards he must be absolutely certain that the [s.] 9(3)(a) exemption has been properly invoked. In order to be certain either

L'employeur avait consulté ses avocats à propos de ce congédiement. Le dossier d'emploi de M<sup>me</sup> Soup renfermait donc la correspondance échangée entre l'employeur et ses avocats. Rien n'indique que cette correspondance comportait quoi que ce soit d'irrégulier par son objet ou son contenu.

[4] Après son congédiement, M<sup>me</sup> Soup a demandé d'avoir accès à son dossier personnel parce qu'elle soupçonnait l'employeur d'avoir irrégulièrement recueilli des renseignements inexacts et de les avoir utilisés pour la discréditer auprès de son conseil d'administration. L'employeur a refusé de lui communiquer ces renseignements, sans fournir de motifs. Madame Soup a alors déposé une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée en vue d'avoir accès aux renseignements personnels relatifs à son emploi. Le Commissaire à la protection de la vie privée a demandé les documents relatifs à l'emploi de M<sup>me</sup> Soup. L'employeur en a fourni un certain nombre, mais il a refusé de communiquer ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « une liasse de lettres » provenant de ses avocats, à l'égard desquelles il invoquait le privilège du secret professionnel de l'avocat en se fondant sur l'al. 9(3)(a) *LPRPDE*, ainsi libellé :

9. . . .

(3) Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1, l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement :

a) les renseignements sont protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client;

[5] Le 16 juillet 2003, le Commissaire à la protection de la vie privée, par l'entremise de son avocat général, a répondu comme suit :

[TRADUCTION] Dans votre lettre, vous avez formulé la question de droit de la façon suivante : « La tribu des Blood est-elle légalement tenue de communiquer au Commissariat à la protection de la vie privée les documents visés par le secret professionnel de l'avocat? »

Nous répondons à cette question par un oui sans réserve. [ . . . ] [Le Commissaire à la protection de la vie privée estime que] pour remplir sa mission conformément à ses critères, il doit être absolument certain que l'exception prévue à l'al. 9(3)(a) a été invoquée à bon

the Commissioner or his delegate *must* be provided with access to the documents in question. [Emphasis in original.]

The Privacy Commissioner then ordered production of the privileged documents pursuant to s. 12(1)(a) and (c) *PIPEDA*. The employer brought an application for judicial review to challenge the legality of the Privacy Commissioner's order. The application for judicial review was dismissed by the motions judge, but the Federal Court of Appeal allowed the appeal, set aside the decision of the Federal Court and vacated the Privacy Commissioner's order for production of solicitor-client records.

## II. Relevant Statutory Information

[6] See Appendix.

## III. Judicial History

A. *Federal Court*, [2005] 4 F.C.R. 34, 2005 FC 328

[7] Mosley J. noted that, pursuant to s. 12(1)(c) *PIPEDA*, the Privacy Commissioner may receive and accept any evidence and other information "whether or not it is or would be admissible in a court of law". He found that this language suggested that Parliament did not intend the Privacy Commissioner's investigations to be fettered by questions of privilege. The judge drew an analogy with the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II (now R.S.C. 1985, c. P-21), in which courts have determined that the Privacy Commissioner is given the authority to review information to decide whether an exemption for reasons of national security has been properly claimed. Mosley J. observed that "this is an indication of Parliament's confidence in the [Privacy] Commissioner's ability to protect sensitive information" (para. 55). The Privacy Commissioner is given extraordinary powers to allow her to conduct investigations effectively and these powers can be exercised "in the same manner and to the same extent as a superior court of record" (s. 12(1)(a)). Mosley J. noted that a superior court has the power to compel production

droit. Pour s'en assurer, le commissaire ou son délégué *doit* avoir accès aux documents en question. [Souligné dans l'original.]

Le Commissaire à la protection de la vie privée a ensuite ordonné, aux termes des al. 12(1)a) et c) *LPRPDE*, la production des documents auxquels le privilège s'applique. L'employeur a présenté une demande de contrôle judiciaire afin de contester la légalité de cette ordonnance. Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire, mais la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, a annulé la décision de la Cour fédérale et a cassé l'ordonnance du Commissaire à la protection de la vie privée relative à la production des documents visés par le secret professionnel de l'avocat.

## II. Dispositions législatives pertinentes

[6] Voir l'annexe.

## III. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale*, [2005] 4 R.C.F. 34, 2005 CF 328

[7] Le juge Mosley a relevé que selon l'al. 12(1)c) *LPRPDE*, le Commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements « indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ». Ces mots donnaient à penser, selon lui, que le législateur n'a pas voulu que l'examen des plaintes par le commissaire soit entravé par des questions de privilège. Le juge a fait une analogie avec la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II (maintenant L.R.C. 1985, ch. P-21), qui, selon les tribunaux, confère au Commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir d'examiner des renseignements pour déterminer si une exemption fondée sur la sécurité nationale est invoquée à bon droit. Le juge Mosley y a vu « le signe de la confiance du législateur dans la capacité du commissaire de protéger les renseignements sensibles » (par. 55). Le Commissaire à la protection de la vie privée est investi de pouvoirs extraordinaires qui lui permettent de procéder efficacement à l'examen des plaintes, pouvoirs qu'il peut exercer « de la même façon et dans la

of documents to assess claims of solicitor-client privilege. Further, “[h]ad Parliament intended to prevent the Commissioner from verifying claims of privilege, it could have specifically excluded this power, as it has done under several other Acts” (para. 57).

B. *Federal Court of Appeal (Sharlow, Pelletier and Malone J.J.A.)*, [2007] 2 F.C.R. 561, 2006 FCA 334

[8] Malone J.A., writing for the court, noted the Privacy Commissioner’s request of the employer’s records was framed “in very broad terms” (para. 7). In his view, a statutory abrogation of solicitor-client privilege requires clear and express language: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31. Moreover, “[o]n the present record, there have been no facts alleged that demonstrate why the privileged documents are in any way necessary to the Commissioner’s investigation” (para. 18). Malone J.A. further noted that s. 20(5) *PIPEDA* states that the Privacy Commissioner may disclose information relating to the commission of an offence to an attorney general. Although s. 12(1)(a) *PIPEDA* gives the Privacy Commissioner similar powers to a superior court, it did not constitute a grant of the jurisdiction of a superior court, but merely allowed the Privacy Commissioner to issue subpoenas and orders that have the force of law for matters otherwise within her investigative jurisdiction. In his view, at para. 29, “[l]anguage that allows a tribunal to compel evidence in the same manner and to the same extent as a superior court . . . does not extend the jurisdiction of a tribunal or commission” into matters of solicitor-client privilege.

même mesure qu’une cour supérieure d’archives » (al. 12(1)a)). Une cour supérieure, a ajouté le juge Mosley, a le pouvoir d’exiger la production de documents pour étudier les revendications du privilège du secret professionnel de l’avocat. De plus, « [s]i le législateur avait voulu empêcher le commissaire d’évaluer le bien-fondé d’une revendication de privilège, il aurait pu expressément exclure ce pouvoir, comme il l’a fait dans plusieurs autres lois » (par. 57).

B. *Cour d’appel fédérale (les juges Sharlow, Pelletier et Malone)*, [2007] 2 R.C.F. 561, 2006 CAF 334

[8] Le juge Malone, s’exprimant au nom de la cour, a constaté que la demande de communication des documents de l’employeur faite par la Commissaire à la protection de la vie privée était rédigée « en des termes très généraux » (par. 7). Selon lui, l’abrogation du privilège du secret professionnel de l’avocat dans un texte législatif doit être claire et non équivoque : *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31. De plus, « [a]u vu du présent dossier, aucun fait n’a[vait] été avancé montrant pourquoi les documents confidentiels [étaient] de quelque manière nécessaires pour l’enquête du commissaire » (par. 18). Le paragraphe 20(5) *LPRPDE*, a ajouté le juge Malone, permet au Commissaire à la protection de la vie privée de faire part au procureur général des renseignements qu’il détient à l’égard de la perpétration d’infractions. Bien que l’al. 12(1)a) *LPRPDE* confère au commissaire des pouvoirs semblables à ceux d’une cour supérieure, il ne lui attribue pas pour autant la compétence d’une cour supérieure. Il l’autorise simplement à décerner des citations et à rendre des ordonnances ayant force de loi à l’égard de questions qui relèvent par ailleurs de son pouvoir d’enquête. Pour le juge Malone, au par. 29, « [d]es mots qui confèrent à un tribunal administratif le pouvoir de contraindre des témoins à déposer, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure [. . .] ne sauraient élargir la compétence de ce tribunal administratif ou d’une commission » à des questions touchant le secret professionnel de l’avocat.

IV. Analysis

[9] Solicitor-client privilege is fundamental to the proper functioning of our legal system. The complex of rules and procedures is such that, realistically speaking, it cannot be navigated without a lawyer's expert advice. It is said that anyone who represents himself or herself has a fool for a client, yet a lawyer's advice is only as good as the factual information the client provides. Experience shows that people who have a legal problem will often not make a clean breast of the facts to a lawyer without an assurance of confidentiality "as close to absolute as possible":

[S]olicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

(*R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at para. 35, quoted with approval in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, at para. 36.)

It is in the public interest that this free flow of legal advice be encouraged. Without it, access to justice and the quality of justice in this country would be severely compromised. The privilege belongs to the client not the lawyer. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 188, McIntyre J. affirmed yet again that the Court will not permit a solicitor to disclose a client's confidence.

[10] At the time the employer in this case consulted its lawyer, litigation may or may not have been in contemplation. It does not matter. While the solicitor-client privilege may have started life as a rule of evidence, it is now unquestionably a rule of substance applicable to all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer rather than as a business

IV. Analyse

[9] Le secret professionnel de l'avocat est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. Étant donné la complexité des règles de droit et de procédure, il est impossible, de manière réaliste, de s'y retrouver sans les conseils d'un avocat. On dit que celui qui se défend lui-même a un imbécile pour client, mais la valeur des conseils d'un avocat est fonction de la qualité des renseignements factuels que lui fournit son client. Nous savons par expérience que les personnes aux prises avec un problème juridique se refuseront souvent à dévoiler la totalité des faits à un avocat s'ils n'ont pas une garantie de confidentialité « aussi absolu[e] que possible » :

... le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

(*R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 35, cité et approuvé dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 36.)

Il est dans l'intérêt public que la libre circulation des conseils juridiques soit favorisée. Autrement, l'accès à la justice et la qualité de la justice dans notre pays seraient sérieusement compromis. Le privilège du secret professionnel appartient au client et non à l'avocat. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 188, le juge McIntyre a affirmé une fois de plus que la Cour n'autorisera pas un avocat à divulguer des renseignements confidentiels donnés par un client.

[10] Dans la présente affaire, la possibilité que l'employeur ait ou non envisagé un procès au moment où il a consulté son avocat n'a aucune importance. Bien que le privilège du secret professionnel de l'avocat ait d'abord été considéré comme une règle de preuve, il constitue sans aucun doute maintenant une règle de fond applicable à toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou

counsellor or in some other non-legal capacity: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 885-87; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18, at paras. 40-47; *McClure*, at paras. 23-27; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2006] 2 S.C.R. 319, 2006 SCC 39, at para. 26; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36; *Juman v. Doucette*, [2008] 1 S.C.R. 157, 2008 SCC 8. A rare exception, which has no application here, is that no privilege attaches to communications criminal in themselves or intended to further criminal purposes: *Descôteaux*, at p. 881; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. The extremely limited nature of the exception emphasizes, rather than dilutes, the paramountcy of the general rule whereby solicitor-client privilege is created and maintained “as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (*McClure*, at para. 35).

[11] To give effect to this fundamental policy of the law, our Court has held that legislative language that may (if broadly construed) allow incursions on solicitor-client privilege must be interpreted restrictively. The privilege cannot be abrogated by inference. Open-textured language governing production of documents will be read *not* to include solicitor-client documents: *Lavallee*, at para. 18; *Pritchard*, at para. 33. This case falls squarely within that principle.

#### A. *The PIPEDA Complaints Procedure*

[12] *PIPEDA* makes specific reference to “personal information that . . . is about an employee

agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat et non en qualité de conseiller d'entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 885-887; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 40-47; *McClure*, par. 23-27; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39, par. 26; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36; *Juman c. Doucette*, [2008] 1 R.C.S. 157, 2008 CSC 8. Il existe une rare exception, qui ne s'applique pas en l'espèce : aucun privilège ne protège les communications criminelles en elles-mêmes ou qui tendraient à réaliser une fin criminelle (voir *Descôteaux*, p. 881; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565). La nature extrêmement restreinte de cette exception fait ressortir, plutôt que l'atténuer, la suprématie de la règle générale selon laquelle le privilège du secret professionnel de l'avocat est établi et préservé de façon « aussi absolu[e] que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (*McClure*, par. 35).

[11] Pour donner effet à ce principe de droit fondamental, notre Cour a statué que les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d'autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l'avocat doivent être interprétées de manière restrictive. Le privilège ne peut être supprimé par inférence. On considérera ainsi qu'une disposition d'acception large régissant la production de documents *ne vise pas* les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Lavallee*, par. 18; *Pritchard*, par. 33. Ce principe s'applique parfaitement à la présente affaire.

#### A. *La procédure d'examen des plaintes de la LPRPDE*

[12] La *LPRPDE* s'applique aux « renseignements personnels [. . .] qui concernent un de ses employés

of [an] organization . . . that the organization collects, uses or discloses in connection with the operation of a federal work, undertaking or business” (*PIPEDA*, s. 4(1)(b)). If an individual believes that such a business or organization has breached *PIPEDA* by denying a proper request for access to his or her own personal information, that individual has the right to file a written complaint under s. 11(1). Once a complaint is filed, s. 12 *PIPEDA* requires the Privacy Commissioner to investigate its merits. Following her investigation, the Privacy Commissioner prepares a report containing findings and recommendations (s. 13). The report must be prepared within one year after the day on which the complaint was filed. Even where the Privacy Commissioner finds that an organization has improperly refused access to personal information, she has no authority to order an organization such as the respondent to provide it. She makes findings and recommendations. The complainant then has the option of seeking a remedy in the courts (s. 14), which alone can order an organization such as the respondent to provide the complainant with access to his or her personal information: *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572, 2004 FCA 387. Section 15 permits the Privacy Commissioner to apply to the Federal Court in relation to any matter described in s. 14, with the consent of the complainant and within the time limit set out in that section. At that point, if not before, the Privacy Commissioner is in an adversarial relationship with the business or organization being complained about.

#### B. *The Need for Independent Verification*

[13] Individuals are often unaware of the nature and extent of information about themselves being collected and stored by numerous private organizations, including employers. Some of this information may be quite inaccurate.

Not only is information circulated from unknown or out-of-date sources, but it is mixed and matched with other information purportedly relating to the same individuals. Digitalized attributes of one consumer

[d’une organisation] et [que celle-ci] recueille, utilise ou communique dans le cadre d’une entreprise fédérale » (*LPRPDE*, al. 4(1)b)). La personne qui croit qu’une telle entreprise ou organisation a violé la *LPRPDE* en refusant de lui communiquer les renseignements personnels la concernant peut déposer une plainte en vertu du par. 11(1). Une fois la plainte déposée, le Commissaire à la protection de la vie privée est tenu, selon l’art. 12 *LPRPDE*, de procéder à son examen. À la suite de cet examen et dans l’année suivant la date du dépôt de la plainte, le commissaire dresse un rapport où il présente ses conclusions et recommandations (art. 13). Même dans les cas où il conclut qu’une organisation comme celle de l’intimée a irrégulièrement refusé la communication de renseignements personnels, le commissaire n’a pas le pouvoir de lui en ordonner la communication. Il présente ses conclusions et recommandations. Il est alors loisible au plaignant d’exercer un recours devant les tribunaux (art. 14), seuls habilités à ordonner à une organisation telle que l’intimé de communiquer au plaignant les renseignements qui le concernent : *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572, 2004 CAF 387. L’article 15 autorise le Commissaire à la protection de la vie privée à présenter lui-même une demande à la Cour fédérale relativement à toute question visée à l’art. 14, avec le consentement du plaignant et dans le délai prévu à ce dernier article. À ce stade, si ce n’est avant, le commissaire se trouve dans un rapport antagoniste avec l’entreprise ou l’organisation faisant l’objet de la plainte.

#### B. *La nécessité d’une vérification indépendante*

[13] Bien des gens ne sont pas au courant de la nature et de la portée des renseignements personnels à leur sujet recueillis et conservés par diverses organisations privées, dont les employeurs. Certains de ces renseignements peuvent être tout à fait inexacts.

[TRADUCTION] Non seulement les renseignements proviennent de sources inconnues ou périmées, mais ils sont combinés et appariés avec d’autres renseignements censés concerner les mêmes individus. Les données

may be mixed and matched with those of others who subjectively appear to belong to the same category of socioeconomic behaviour. Few data “subjects” ever see the information being held and exchanged under their names; fewer still are able to correct this information or have it withdrawn from circulation.

(I. B. Lawson, *Privacy and Free Enterprise* (2nd ed. 1997), at p. 32)

Accordingly, Parliament recognized that a corollary to the protection of privacy is the right of individuals to access information about themselves held by others in order to verify its accuracy.

[14] *PIPEDA* itself provides in Sch. I, at clause 4.9, of its statement of principles that

[u]pon request, an individual shall be informed of the existence, use, and disclosure of his or her personal information and shall be given access to that information. An individual shall be able to challenge the accuracy and completeness of the information and have it amended as appropriate.

[15] The Privacy Commissioner argues that

this case is about calling the private sector to account for its claims of privilege over documents containing personal information of others. Whether their claims turn out to be completely right, honestly equivocal, overly broad, inadvertently wrong, or intentionally misleading, they must be independently verified in order to give proper meaning to the fundamental right of access to one’s personal information. [Transcript, at p. 2]

I agree. However, the question raised by the appeal is whether the proper forum for this independent verification in the first instance is the court or the Privacy Commissioner herself.

numérisées concernant un consommateur peuvent être combinées et appariées avec celles concernant d’autres consommateurs qui, subjectivement, semblent appartenir à la même catégorie de comportement socio-économique. Peu de « sujets » voient jamais les renseignements les concernant qui sont détenus et échangés de façon nominative; un plus petit nombre encore est en mesure de faire corriger ces renseignements ou d’en faire cesser la diffusion.

(I. B. Lawson, *Privacy and Free Enterprise* (2<sup>e</sup> éd. 1997), p. 32)

Le législateur a, pour cette raison, reconnu aux individus, en corollaire à la protection de la vie privée, le droit d’avoir accès, pour en vérifier l’exactitude, aux renseignements les concernant qui sont détenus par d’autres personnes.

[14] L’article 4.9 de l’énoncé des principes à l’annexe I de la *LPRPDE* elle-même prévoit ce qui suit :

Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l’existence de renseignements personnels qui la concernent, de l’usage qui en est fait et du fait qu’ils ont été communiqués à des tiers, et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l’exactitude et l’intégralité des renseignements et d’y faire apporter les corrections appropriées.

[15] La Commissaire à la protection de la vie privée soutient que

[TRADUCTION] dans la présente affaire, il s’agit d’obliger le secteur privé à justifier ses revendications de privilège à l’égard de documents comportant des renseignements personnels concernant d’autres personnes. Que ces revendications s’avèrent parfaitement fondées, honnêtement équivoques, trop générales, mal fondées par inadvertance ou délibérément trompeuses, elles doivent être soumises à une vérification indépendante si l’on veut donner son sens véritable au droit fondamental d’une personne d’avoir accès aux renseignements personnels la concernant. [Transcription, p. 2]

Je suis d’accord. Toutefois, la question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si cette vérification indépendante doit être confiée, en premier lieu, au tribunal judiciaire ou à la Commissaire à la protection de la vie privée elle-même.



C. *The Sweeping Nature of the Privacy Commissioner's Argument*

[16] It is undisputed that the employer in this case properly asserted by affidavit its solicitor-client privilege. At that stage there was "a presumption of fact, albeit a rebuttable one, to the effect that all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature" (*Foster Wheeler*, at para. 42). There was no cross-examination on the employer's affidavit. There was no basis in fact put forward by the Privacy Commissioner to show that the privilege was not properly claimed. As to the complainant, her concern was about what the employer *did*, not about the legal advice (if any) upon which the employer did it.

[17] The only reason the Privacy Commissioner gave for compelling the production and inspection of the documents in this case is that the employer indicated that such documents existed. She does not claim any necessity arising from the circumstances of this particular inquiry. The Privacy Commissioner is therefore demanding routine access to such documents in any case she investigates where solicitor-client privilege is invoked. Even courts will decline to review solicitor-client documents to adjudicate the existence of privilege unless evidence or argument establishes the necessity of doing so to fairly decide the issue: see e.g. *Ansell Canada Inc. v. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 20. In the Privacy Commissioner's view, however, piercing the privilege would become the norm rather than the exception in the course of her everyday work.

D. *The Privacy Commissioner's Argument Rests on a False Analogy Between It and the Court*

[18] It is common ground that *PIPEDA* does not expressly grant to the Privacy Commissioner the

C. *Le caractère généralisateur de l'argument de la Commissaire à la protection de la vie privée*

[16] Nul ne conteste qu'en l'espèce, l'employeur a à juste titre invoqué dans un affidavit le privilège du secret professionnel de l'avocat. À cette étape, il y avait « une présomption de fait, réfragable toutefois, selon laquelle l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle » (*Foster Wheeler*, par. 42). Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire au sujet de l'affidavit de l'employeur. La Commissaire à la protection de la vie privée n'a invoqué aucun fait tendant à démontrer que le privilège n'a pas été valablement revendiqué. Quant à la plaignante, c'est ce que l'employeur *avait fait* qui l'intéressait, et non les conseils juridiques sur lesquels il avait pu se fonder pour le faire.

[17] La seule raison donnée en l'espèce par la Commissaire à la protection de la vie privée pour contraindre la production et l'inspection des documents était que l'employeur avait fait savoir que les documents en question existaient. La commissaire n'invoque aucune nécessité découlant des circonstances de cet examen en particulier. Elle réclame donc l'accès systématique à de tels documents chaque fois que le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué dans le cadre d'un examen. Même les tribunaux refusent d'examiner des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat pour statuer sur l'existence du privilège, à moins que des éléments de preuve ou des arguments démontrent la nécessité de le faire pour trancher la question en toute justice : voir par exemple *Ansell Canada Inc. c. Ions World Corp.* (1998), 28 C.P.C. (4th) 60 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 20. Or, de l'avis de la Commissaire à la protection de la vie privée, la levée du privilège deviendrait la norme et non l'exception dans son travail quotidien.

D. *L'argument de la Commissaire à la protection de la vie privée repose sur une fausse analogie entre elle-même et le tribunal judiciaire*

[18] Les parties s'entendent pour dire que la *LPRPDE* ne confère pas *expressément* au

power to review documents in respect of which solicitor-client privilege is claimed — either to verify the privilege claim, or for any other purpose. The question is thus whether the legislation *implicitly* grants that power.

[19] In support of her position, the Privacy Commissioner stresses the independence of her office from the parties and refers to the grant of some court-like powers under s. 12 *PIPEDA*. She argues that acknowledging a power to review claims to privilege would be consistent with Parliament's objective of creating an inexpensive and expeditious process: "Just as courts must verify claims of privilege to ensure the integrity and proper functioning of the justice system", she argues, "the [Privacy] Commissioner must verify claims of solicitor-client privilege to ensure the integrity and proper functioning of the legislative scheme protecting fundamental privacy rights" (A.F., at para. 38).

[20] The Privacy Commissioner is an officer of Parliament who carries out "impartial, independent and non-partisan investigations": *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13, at para. 33. She is an administrative investigator not an adjudicator. Yet she argues that a "common sense approach would recognize that the requisite *express* legislative authority need not exist in language as *specific* and *explicit* as the Court of Appeal would require, nor be assessed in total isolation from the overall legislative scheme and context" (A.F., at para. 64 (emphasis in original)). In her view, s. 12(1)(a) could hardly be broader, as it grants the Privacy Commissioner the same powers as a superior court of record. A superior court of record has the power to compel the production of, and to inspect, documents over which privilege is claimed. Accordingly, she argues, the Privacy Commissioner is vested with a similar authority in relation to documents

Commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir d'examiner des documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat est revendiqué — soit pour vérifier le bien-fondé de la revendication du privilège, soit pour toute autre fin. La question est donc de savoir si la loi lui confère *implicitement* ce pouvoir.

[19] À l'appui de sa position, la Commissaire à la protection de la vie privée insiste sur l'indépendance de sa charge par rapport aux parties et sur le fait que l'art. 12 *LPRPDE* lui confère certains pouvoirs semblables à ceux d'un tribunal judiciaire. Elle soutient que la reconnaissance d'un pouvoir d'examen des revendications d'un privilège s'accorderait avec l'objectif du législateur, qui a voulu créer un mécanisme peu coûteux et expéditif : [TRADUCTION] « Tout comme les tribunaux judiciaires sont tenus de vérifier les revendications d'un privilège pour s'assurer de l'intégrité et du bon fonctionnement du système de justice », plaide-t-elle, « la commissaire doit vérifier les revendications du privilège du secret professionnel de l'avocat pour s'assurer de l'intégrité et du bon fonctionnement du régime législatif visant la protection de droits fondamentaux en matière de vie privée » (m.a., par. 38).

[20] La Commissaire à la protection de la vie privée est un agent du Parlement chargé d'effectuer des « enquêtes impartiales, indépendantes et objectives » : *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13, par. 33. C'est un enquêteur administratif et non une autorité décisionnelle. Elle soutient pourtant qu'une [TRADUCTION] « approche conforme au bon sens ferait reconnaître que le pouvoir *express* conféré par la loi qui lui est nécessaire n'a pas à être formulé de façon aussi *spécifique* et *explicite* que ce qu'exige la Cour d'appel, ni à être évalué tout à fait isolément de l'ensemble du régime ou du contexte législatif » (m.a., par. 64 (en italique dans l'original)). À son avis, l'al. 12(1)a) pourrait difficilement avoir une portée plus large, puisqu'il accorde à la commissaire les mêmes pouvoirs que ceux d'une cour supérieure d'archives. Une telle cour peut contraindre la production de documents à l'égard desquels le privilège est invoqué et les examiner. La

over which solicitor-client privilege is claimed. The Information Commissioner, intervening in support of the Privacy Commissioner, points out that “verification of the privilege is the very object of the [Privacy] Commissioner’s statutory ombudsperson function and not merely a preliminary step to determine the record’s use for another purpose” (I.F., at para. 21).

[21] I do not accept the validity of the analogy between the Privacy Commissioner and a court in this respect. The Privacy Commissioner is a stranger to the privilege. She argues that because of her independence from the parties her adjudication of a claim of privilege would not be an infringement of the privilege. I do not agree. Client confidence is the underlying basis for the privilege, and infringement must be assessed through the eyes of the client. To a client, compelled disclosure to an administrative officer, even if not disclosed further, would constitute an infringement of the confidentiality. The objection is all the more serious where (as here) there is a possibility of the privileged information being made public or used against the person entitled to the privilege: *Lavallee*, at para. 44; *Goodis*, at para. 21; *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] 5 W.W.R. 710 (Alta. C.A.). While s. 12 gives the Privacy Commissioner some court-like procedural powers, she is not a court of law. The words of s. 12(1)(a) confer a power to compel production of

any records and things that the Commissioner considers necessary to investigate the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

This amounts to a general production provision. In *Pritchard*, the Court dismissed a similar argument

Commissaire à la protection de la vie privée soutient donc être investie d’un pouvoir analogue à l’égard des documents au sujet desquels est invoqué le privilège du secret professionnel de l’avocat. Le Commissaire à l’information, intervenant à l’appui de la Commissaire à la protection de la vie privée, signale que [TRADUCTION] « la vérification du privilège est l’objet même de la fonction de protecteur du citoyen confiée par la loi au Commissaire [à la protection de la vie privée], et non une simple étape préliminaire pour déterminer l’utilisation du dossier pour une autre fin » (m.i., par. 21).

[21] Je n’accepte pas la validité de cette analogie entre la Commissaire à la protection de la vie privée et un tribunal judiciaire à cet égard. Le privilège ne concerne aucunement la Commissaire à la protection de la vie privée. Cette dernière prétend que, puisqu’elle est indépendante des parties, une décision de sa part sur la revendication du privilège ne constituerait pas une violation du privilège. Je ne suis pas de cet avis. La confiance du client est le fondement du privilège, dont la violation doit être évaluée du point de vue du client. Pour un client, la communication, sous la contrainte, de renseignements confidentiels à un fonctionnaire, même si les renseignements ne sont divulgués à personne d’autre, constituerait une violation de la confidentialité. L’objection est d’autant plus sérieuse lorsqu’il existe (comme en l’espèce) une possibilité que les renseignements visés par le privilège soient rendus publics ou soient utilisés contre la personne qui a droit au privilège : *Lavallee*, par. 44; *Goodis*, par. 21; *Pocklington Foods Inc. c. Alberta (Provincial Treasurer)*, [1993] 5 W.W.R. 710 (C.A. Alb.). Même si l’art. 12 lui donne des pouvoirs de procédure similaires à ceux d’un tribunal judiciaire, la Commissaire à la protection de la vie privée n’est pas un tribunal judiciaire. Le libellé de l’al. 12(1)a lui confère le pouvoir de contraindre des témoins à produire

les documents ou pièces qu’il juge nécessaires pour examiner la plainte dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives;

Il s’agit d’une disposition de nature générale relative à la production de documents. Dans *Pritchard*,

concerning s. 10 of the Ontario *Judicial Review Procedure Act*. We held that a general production provision that does not specifically indicate that the production must include records for which solicitor-client privilege is claimed is insufficient to compel the production of such records (*Pritchard*, at para. 35). On the other branch of her argument, the Privacy Commissioner points out that s. 12(1)(c) permits her in the course of exercising her powers of investigation to

(c) receive and accept any evidence and other information, whether on oath, by affidavit or otherwise, that the Commissioner sees fit, whether or not it is or would be admissible in a court of law;

The authority to *receive* a broad range of evidence cannot be read to empower the Privacy Commissioner to *compel production* of solicitor-client records from an unwilling respondent. The language of s. 12 is simply incapable of carrying the Privacy Commissioner to her desired conclusion.

[22] In any event, a court's power to review a privileged document in order to determine a disputed claim for privilege does not flow from its power to compel production. Rather, the court's power to review a document in such circumstances derives from its power to adjudicate disputed claims over legal rights. The Privacy Commissioner has no such power.

#### E. *The Privacy Commissioner May Be Adversarial in Interest*

[23] A major distinction between the Privacy Commissioner and a court, for present purposes, is that in pursuit of her mandate the Privacy Commissioner may become adverse in interest to the party whose documents she wants to access. This is not true of a court. Not only may she take the resisting employer to court but she may decide

la Cour a rejeté un argument semblable à propos de l'art. 10 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario. Nous avons conclu qu'une disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu'elle s'applique aux documents à l'égard desquels est invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas suffisante pour contraindre le détenteur de ces documents à les produire (*Pritchard*, par. 35). La Commissaire à la protection de la vie privée signale d'autre part que l'al. 12(1)c lui permet de faire ce qui suit, dans l'exercice de ses pouvoirs d'examen :

c) de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements — fournis notamment par déclaration verbale ou écrite sous serment — qu'[elle] estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

Le pouvoir de *recevoir* des éléments de preuve de toutes sortes ne saurait être interprété comme autorisant la Commissaire à la protection de la vie privée à *contraindre* une personne à produire contre son gré des documents visés par le secret professionnel de l'avocat. Le texte de l'art. 12 ne justifie tout simplement pas la conclusion que la Commissaire à la protection de la vie privée voudrait en tirer.

[22] Quoi qu'il en soit, le pouvoir d'un tribunal judiciaire d'examiner un document privilégié en vue de statuer sur la revendication contestée du privilège ne découle pas de son pouvoir d'exiger la production de documents, mais de celui de statuer sur des demandes portant sur des droits. La Commissaire à la protection de la vie privée ne dispose pas de ce pouvoir.

#### E. *La Commissaire à la protection de la vie privée peut avoir des intérêts opposés*

[23] Une distinction importante entre la Commissaire à la protection de la vie privée et un tribunal judiciaire, dans le contexte qui nous occupe, tient au fait que dans l'exercice de son mandat, la commissaire peut avoir des intérêts opposés à ceux de l'organisation qui possède les documents auxquels la commissaire veut obtenir

to share compelled information with prosecutorial authorities without court order or the consent of the party from whom the information was compelled. Although the general rule is non-disclosure, s. 20(5) *PIPEDA* provides for such an exception:

20. . . .

(5) The Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada or of a province, as the case may be, information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of an officer or employee of an organization if, in the Commissioner's opinion, there is evidence of an offence.

It is true, as mentioned earlier, that at common law privilege does not attach to communications criminal in themselves or intended to further a criminal purpose, but the wording of s. 20(5) (“information relating to the commission of an offence”) is much broader than the narrow common law exception, and would authorize disclosure to a prosecutor of much that the common law would regard as solicitor-client confidences.

[24] To meet the s. 20(5) objection, the Privacy Commissioner is obliged to resort to an argument that in my opinion contradicts the position she takes on s. 12 which (she says) should be read *broadly* to include documents over which solicitor-client privilege is claimed. On the other hand, she says, s. 20(5) should be read *narrowly* to exclude solicitor-client confidence because its wording “is not clearly and unambiguously intended to authorize the Commissioner to disclose privileged documents to the Attorney General” (A.F., at para. 48). However, such a distinction between ss. 12 and 20(5) cannot be made because both sections use words of the same level of generality and there is no persuasive reason to

l'accès. Il n'en va pas ainsi d'un tribunal judiciaire. Non seulement la commissaire peut-elle faire traduire en justice l'employeur récalcitrant, mais elle peut décider de communiquer les renseignements obtenus par la contrainte aux autorités chargées des poursuites, sans ordonnance judiciaire et sans le consentement de la personne qui a été obligée de les fournir. Bien que la non-divulgence soit la règle, le par. 20(5) *LPRPDE* prévoit une telle exception :

20. . . .

(5) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions au droit fédéral ou provincial par un cadre ou employé d'une organisation, le commissaire peut faire part au procureur général du Canada ou d'une province, selon le cas, des renseignements qu'il détient à cet égard.

Il est vrai, comme nous l'avons vu, que la common law écarte le privilège dans le cas de communications criminelles en elles-mêmes ou qui tendraient à réaliser une fin criminelle, mais la formulation du par. 20(5) (« éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions ») est beaucoup plus large que l'exception restreinte prévue par la common law, et elle autoriserait la divulgation au ministère public d'une bonne partie des communications qui, selon la common law, sont visées par le secret professionnel de l'avocat.

[24] Pour réfuter l'objection fondée sur le par. 20(5), la Commissaire à la protection de la vie privée doit recourir à un argument contredisant à mon avis sa position concernant l'art. 12, qui devrait (selon elle) faire l'objet d'une interprétation large de façon à inclure les documents à l'égard desquels est revendiqué le privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client. Par ailleurs, elle fait en effet valoir que le par. 20(5) doit faire l'objet d'une interprétation stricte, de façon à exclure les communications protégées par le secret professionnel liant l'avocat à son client, parce que son libellé [TRADUCTION] « ne vise pas clairement et sans équivoque à autoriser la commissaire à communiquer au procureur général des documents auxquels s'attache le privilège »

apply a contradictory approach to their interpretations.

[25] Interestingly, the argument made by the Privacy Commissioner in support of reading down s. 20(5) is essentially the same as the argument the respondent makes in respect of a narrow reading of s. 12, namely, that clear and unambiguous statutory language is required to overcome solicitor-client privilege. Of course, if, as the employer contends, s. 12 does not grant the Privacy Commissioner access to solicitor-client documents in the first place, there is no need to read down s. 20(5) to forestall the onward transmission of such confidence to the Crown prosecutors.

[26] It is the very generality of the language of s. 12, which does *not* advert to issues raised by solicitor-client privilege, that shows the importance of *Pritchard's* prohibition against abrogation by inference. A search of Parliament's use of the expression "in the same manner and to the same extent" as a court reveals that there are about 14 other federal statutes with substantially identical wording to s. 12(1) *PIPEDA*, including the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 99; the *Lobbyists Registration Act*, R.S.C. 1985, c. 44 (4th Supp.), s. 10.4; the *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, s. 29; the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 50; and the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 50. Looking at these provisions in their different statutory contexts shows that it certainly cannot be said that in all these instances Parliament intended to abrogate solicitor-client privilege. As the intervener Attorney General of Canada concedes in his factum:

(m.a., par. 48). Or, on ne peut faire une telle distinction entre l'art. 12 et le par. 20(5) parce que ces deux dispositions sont rédigées en termes tout aussi généraux et qu'aucune raison convaincante ne justifie qu'on les interprète suivant des principes opposés.

[25] L'argument invoqué par la Commissaire à la protection de la vie privée en faveur d'une interprétation restrictive du par. 20(5) est essentiellement le même, il est intéressant de le noter, que celui invoqué par l'intimé en faveur d'une interprétation stricte de l'art. 12 — à savoir qu'il faut une disposition législative formulée en termes clairs et non équivoques pour écarter le privilège du secret professionnel de l'avocat. Bien sûr, si, comme l'employeur le prétend, l'art. 12 ne permet pas à la Commissaire à la protection de la vie privée d'avoir accès à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat, il n'est pas nécessaire d'atténuer la portée du par. 20(5) pour empêcher la communication de tels documents aux avocats du ministère public.

[26] C'est justement le caractère général du texte de l'art. 12, où il n'est fait *aucune* mention des questions que soulève le privilège du secret professionnel de l'avocat, qui montre l'importance de la règle, énoncée dans l'arrêt *Pritchard*, selon laquelle le privilège ne peut être supprimé par inférence. Une recherche sur l'emploi de l'expression « de la même façon et dans la même mesure » qu'un tribunal judiciaire révèle que le législateur a utilisé un libellé essentiellement identique (ou équivalent) à celui du par. 12(1) *LPRPDE* dans environ 14 autres lois fédérales, dont la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 99, la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R.C. 1985, ch. 44 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 10.4, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 29 (« au même titre »), la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 50, et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 50 (« au même titre »). L'examen de ces dispositions dans le contexte législatif qui leur est propre montre que le législateur n'a certainement pas voulu supprimer dans tous ces cas le privilège du secret professionnel de l'avocat. Comme l'admet dans son mémoire le procureur général du Canada, intervenant en l'espèce :

... Parliament must be mindful of the importance of that privilege in the administration of justice. Consequently, if Parliament seeks to abrogate solicitor-client privilege it must do so in clear, precise and unequivocal language. Any ambiguity in the language of the legislation at issue must be resolved in favour of protecting the privilege and against any abrogation of the privilege. [para. 1]

Therefore, the Attorney General of Canada submits, “[t]he ordinary and grammatical meaning of the words used in s. 12(1) of *PIPEDA* taken in their full and proper context, do not support the conclusion of the Commissioner” (para. 2). I agree.

F. *The Privacy Commissioner Argues by Analogy With Her Powers Under the Privacy Act*

[27] The Privacy Commissioner criticizes the Court of Appeal’s decision in this case for introducing “unfounded discrepancies between the Commissioner’s powers of investigation under the *Privacy Act* and *PIPEDA*, contrary to . . . the plain language of these Acts” (A.F., at para. 120). She invokes the “principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter”: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 327-28; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 288-89. She argues that Parliament could not have intended that the Commissioner’s virtually identical powers of investigation be contradictory as between these constituent pieces of legislation.

[28] However, the powers of the Privacy Commissioner under *PIPEDA* and the *Privacy Act* are not the same. For present purposes, as observed by the Federal Court of Appeal, it is sufficient to note that *PIPEDA* does not contain explicit language granting access to confidences such as is

[TRADUCTION] . . . le législateur doit être attentif à l’importance de ce privilège dans l’administration de la justice. Par conséquent, si le législateur a l’intention de supprimer le privilège du secret professionnel de l’avocat, il doit le faire en termes clairs, précis et non équivoques. La moindre ambiguïté dans la rédaction de la loi en cause doit être résolue en faveur de la protection du privilège et contre son abolition. [par. 1]

Le procureur général du Canada fait donc valoir que [TRADUCTION] « [l]e sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 12(1) de la *LPRPDE*, compte tenu de tout le contexte qui leur est propre, n’appuie pas la conclusion de la commissaire » (par. 2). Je suis d’accord.

F. *La Commissaire à la protection de la vie privée fait une analogie avec les pouvoirs que lui confère la Loi sur la protection des renseignements personnels*

[27] La Commissaire à la protection de la vie privée reproche à la Cour d’appel, dans sa décision dans la présente affaire, d’introduire des [TRADUCTION] « différences non justifiées entre les pouvoirs d’enquête conférés au commissaire par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *LPRPDE*, contrairement au sens ordinaire des mots employés dans ces lois » (m.a., par. 120). Elle invoque le « principe d’interprétation qui présume l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet » : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 327-328; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), p. 323-324. Elle fait valoir que le législateur ne pouvait avoir l’intention de conférer au commissaire, dans ces deux textes législatifs, des pouvoirs d’enquête pratiquement identiques qui seraient contradictoires.

[28] La *LPRPDE* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confèrent pourtant des pouvoirs différents à la Commissaire à la protection de la vie privée. Dans le cas qui nous occupe, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale, il suffit de constater que la *LPRPDE* ne contient

found in s. 34(2) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21:

34. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

[29] The scope of the Privacy Commissioner's powers under s. 34(2) in relation to solicitor-client confidences has been the subject of divergent interpretations by the Federal Court of Appeal: see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127, at para. 11; *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [2005] 4 F.C.R. 673, 2005 FCA 199, at paras. 25-26. Its scope is not in issue here. There is no equivalent of s. 34(2) in *PIPEDA*. The Privacy Commissioner seeks to explain its absence on the basis that s. 34(2) "was enacted solely to address issues of Crown privilege, which do not arise in the private sector" (A.F., at para. 124). The fact is, however, that solicitor-client privilege regularly arises in *both* the public and private sectors, and there is no language in *PIPEDA* comparable to s. 34(2) even to provide the Privacy Commissioner with an argument that "[n]otwithstanding . . . any privilege" she may examine privileged information in the hands of a private business or organization. The proper interpretation of s. 34(2) must await a case in which it is squarely raised. Its only relevance to the present appeal is its absence from *PIPEDA*, an absence from which we may draw an adverse inference. It is not there because Parliament either did not put its collective mind to the solicitor-client issue or because Parliament had

pas de disposition explicite permettant l'accès aux renseignements confidentiels comme celle que l'on trouve au par. 34(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 :

34. . . .

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

[29] La portée des pouvoirs que le par. 34(2) confère au Commissaire à la protection de la vie privée en ce qui concerne les communications protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat a fait l'objet d'interprétations divergentes par la Cour d'appel fédérale : voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2000] A.C.F. n° 480 (QL), par. 11; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [2005] 4 R.C.F. 673, 2005 CAF 199, par. 25-26. La portée de ces pouvoirs n'est toutefois pas en litige en l'espèce. Il n'existe pas dans la *LPRPDE* de disposition équivalente au par. 34(2). Pour tenter d'expliquer l'absence d'une telle disposition, la Commissaire à la protection de la vie privée avance que le par. 34(2) [TRADUCTION] « a été adopté à seule fin de tenir compte du cas du secret d'intérêt public, qui ne se pose pas dans le secteur privé » (m.a., par. 124). Le fait est, toutefois, que le privilège du secret professionnel de l'avocat est régulièrement invoqué *aussi bien* dans le secteur public que dans le secteur privé, et que la *LPRPDE* ne contient pas de disposition analogue au par. 34(2) qui permettrait à la Commissaire à la protection de la vie privée ne fût-ce que de soutenir que, « [n]onobstant [. . .] toute immunité », elle peut examiner les renseignements auxquels s'attache le privilège et détenus par une entreprise ou une organisation privée. La question de l'interprétation correcte du par. 34(2) sera



no intention of giving the Privacy Commissioner the power she now claims.

G. *Reliance Is Placed on a “Contextual Reading” of Section 9(3) PIPEDA*

[30] The Information Commissioner, intervening in support of the Privacy Commissioner, contends that by “including solicitor-client privilege [in s. 9(3)] as one of the six enumerated grounds for refusing access to requested personal information, Parliament clearly indicated its intention that the Privacy Commissioner would administer and verify claims of exemption based on solicitor-client privilege *in the same manner as she administers and verifies claims based on the other five exemption grounds*” (I.F., at para. 24 (emphasis in original)). This presupposes that there is a parity of legal status and importance among the s. 9(3) grounds, which include not only solicitor-client privilege but “confidential commercial information” and information collected “without the knowledge or consent” of an individual for enumerated purposes (s. 7(1)(b)). There is no such parity of legal status and importance. Solicitor-client privilege “commands a unique status within the legal system. . . . [It] is integral to the workings of the legal system itself” (*McClure*, at para. 31; *Gruenke*, at p. 289). An argument that equates the status of solicitor-client privilege with “confidential commercial information” is simply a denial of its fundamental importance and illustrates the slippery slope on which the appellant’s position would place its future health and vitality in the regulatory context.

tranchée lorsqu’elle sera posée directement, dans le cadre d’un autre pourvoi. En l’espèce, sa pertinence tient uniquement à l’absence d’une disposition semblable dans la *LPRPDE*, absence dont nous pouvons tirer une conclusion défavorable. Si une telle disposition ne figure pas dans la *LPRPDE*, c’est soit que le législateur ne s’est pas arrêté à la question du privilège du secret professionnel de l’avocat, soit qu’il n’avait pas l’intention de conférer à la Commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir qu’elle revendique maintenant.

G. *L’« interprétation contextuelle » du par. 9(3) LPRPDE*

[30] Le Commissaire à l’information, qui est intervenu au soutien de la Commissaire à la protection de la vie privée, fait valoir que le législateur, en [TRADUCTION] « faisant figurer le secret professionnel de l’avocat [au par. 9(3)] parmi les six motifs énumérés justifiant le refus de communiquer des renseignements personnels demandés, a clairement indiqué son intention de faire en sorte que la Commissaire à la protection de la vie privée administre et vérifie les demandes d’exemption fondées sur le privilège du secret professionnel de l’avocat *de la même manière qu’elle administre et vérifie les demandes fondées sur les cinq autres exceptions* » (m.i., par. 24 (en italique dans l’original)). Cet argument suppose l’existence d’une parité, quant au statut juridique et à l’importance, entre les différents motifs énumérés au par. 9(3) qui, outre le secret professionnel de l’avocat, comprennent les « renseignements commerciaux confidentiels » et les renseignements recueillis « à l’insu de l’intéressé et sans son consentement » pour une des fins énumérées (al. 7(1)(b)). Or cette parité n’existe pas. Le privilège du secret professionnel de l’avocat « commande en soi une place exceptionnelle dans le système juridique [. . .] [il fait] partie intégrante des rouages du système juridique lui-même » (*McClure*, par. 31; *Gruenke*, p. 289). Un argument qui met le privilège du secret professionnel de l’avocat sur le même pied que les « renseignements commerciaux confidentiels » fait purement et simplement abstraction de l’importance fondamentale de ce privilège et montre comment la position de l’appelante en compromettrait la vitalité dans le contexte de la réglementation.

### H. *Reliance on Section 31 of the Interpretation Act*

[31] Reference was made to s. 31(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that:

#### 31. . . .

(2) Where power is given to a person, officer or functionary to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing are deemed to be also given.

The *Interpretation Act* is a statute of general application. It does not address solicitor-client confidences. The reality is that all of the appellant's arguments for "implied powers" or a "purposive interpretation" of *PIPEDA* are arguments for an abrogation by inference. The Privacy Commissioner's position is that her review of solicitor-client documents is "routinely necessary" in all cases where solicitor-client privilege is claimed. However, such routine access would contradict the principles explained in *Descôteaux* over 25 years ago:

When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that [solicitor-client] confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation. [Emphasis added; p. 875.]

The Privacy Commissioner has not made out a case that routine access to solicitor-client confidences is "absolutely necessary" to achieve the ends sought by *PIPEDA*. There are other less intrusive remedies, as will now be referred to.

### H. *L'article 31 de la Loi d'interprétation*

[31] On a fait référence au par. 31(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, ainsi rédigé :

#### 31. . . .

(2) Le pouvoir donné à quiconque, notamment à un agent ou fonctionnaire, de prendre des mesures ou de les faire exécuter comporte les pouvoirs nécessaires à l'exercice de celui-ci.

La *Loi d'interprétation* est une loi d'application générale. Il n'y est pas question des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat. Tous les arguments de l'appelante en faveur de « pouvoirs implicites » ou d'une « interprétation téléologique » de la *LPRPDE* sont en réalité des arguments en faveur d'une abrogation du privilège par inférence. La Commissaire à la protection de la vie privée soutient qu'il lui « faut systématiquement » examiner les documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat lorsque ce privilège est revendiqué. Toutefois, un tel accès systématique contredirait les principes énoncés il y a plus de 25 ans dans l'arrêt *Descôteaux* :

Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité [des communications entre client et avocat], la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante. [Je souligne; p. 875.]

La Commissaire à la protection de la vie privée n'a pas établi que l'accès systématique aux communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est « absolument nécessaire » à la réalisation des objectifs de la *LPRPDE*. Comme nous allons maintenant voir, il existe des mesures moins attentatoires.

I. *The Privacy Commissioner Has Alternate Effective Remedies to Have Solicitor-Client Privilege Verified*

[32] Parliament has provided the Privacy Commissioner with at least two alternative effective and expeditious means “of exercising [her] authority” to ensure that *PIPEDA* requirements are met.

[33] Firstly, as the Privacy Commissioner conceded in the hearing of the appeal, she may, at any point in her investigation, refer a question of solicitor-client privilege to the Federal Court under s. 18.3(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, which provides that:

**18.3 (1)** A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Federal Court for hearing and determination.

[34] Secondly, within the framework of *PIPEDA* itself, the Privacy Commissioner has the right to report an impasse over privilege in her s. 13 report and, with the agreement of the complainant, bring an application to the Federal Court for relief under s. 15. The court is empowered, if it thinks it necessary, to review the contested material and determine whether the solicitor-client privilege has been properly claimed. This procedure permits verification while preserving the privilege as much as possible. The requirement that the court application “be heard and determined without delay and in a summary way unless the Court considers it inappropriate to do so” (s. 17(1)) is designed to expedite access to justice for the complainant. The legislative scheme, thus interpreted, permits the objectives of *PIPEDA* to be met while preserving solicitor-client privilege “as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (*McClure*, at para. 35).

I. *La Commissaire à la protection de la vie privée dispose d'autres moyens efficaces pour faire vérifier les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat*

[32] Le législateur a mis à la disposition de la Commissaire à la protection de la vie privée au moins deux autres moyens efficaces et rapides « d'exerc[er son] pouvoir » de manière à faire en sorte que les exigences de la *LPRPDE* soient respectées.

[33] Premièrement, comme la Commissaire à la protection de la vie privée l'a admis lors de l'audition du pourvoi, elle peut, en tout temps pendant son examen, renvoyer à la Cour fédérale une question relative au privilège du secret professionnel de l'avocat aux termes du par. 18.3(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, dont voici le texte :

**18.3 (1)** Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Cour fédérale pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

[34] Deuxièmement, dans le cadre de la *LPRPDE* elle-même, la Commissaire à la protection de la vie privée a le droit de signaler, dans le rapport qu'elle dresse suivant l'art. 13, les situations d'impasse relative au privilège et, avec le consentement du plaignant, d'exercer un recours devant la Cour fédérale sur le fondement de l'art. 15. La cour a le pouvoir, si elle l'estime nécessaire, d'examiner les documents en cause et de déterminer si le privilège du secret professionnel de l'avocat a été revendiqué à bon droit. Ce recours permet la vérification tout en préservant autant que possible le privilège. La disposition exigeant que le recours dont est saisi le tribunal soit « entendu et jugé sans délai et selon une procédure sommaire, à moins que la Cour ne l'estime contre-indiqué » (par. 17(1)) vise à donner au plaignant un accès rapide à la justice. Le régime législatif, ainsi interprété, permet la réalisation des objectifs de la *LPRPDE* tout en préservant le privilège du secret professionnel de l'avocat de façon « aussi absolu[e] que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (*McClure*, par. 35).

V. Disposition

[35] I would dismiss the appeal with costs in this Court.

## APPENDIX

*Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5*

4. (1) This Part applies to every organization in respect of personal information that

- (a) the organization collects, uses or discloses in the course of commercial activities; or
- (b) is about an employee of the organization and that the organization collects, uses or discloses in connection with the operation of a federal work, undertaking or business.

. . .

9. . . .

(3) Despite the note that accompanies clause 4.9 of Schedule 1, an organization is not required to give access to personal information only if

- (a) the information is protected by solicitor-client privilege;
- (b) to do so would reveal confidential commercial information;
- (c) to do so could reasonably be expected to threaten the life or security of another individual;
- (c.1) the information was collected under paragraph 7(1)(b); or
- (d) the information was generated in the course of a formal dispute resolution process.

However, in the circumstances described in paragraph (b) or (c), if giving access to the information would reveal confidential commercial information or could reasonably be expected to threaten the life or security of another individual, as the case may be, and that information is severable from the record containing any other information for which access is requested, the organization shall give the individual access after severing.

. . .

V. Dispositif

[35] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour.

## ANNEXE

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5*

4. (1) La présente partie s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels :

- a) soit qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'activités commerciales;
- b) soit qui concernent un de ses employés et qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'une entreprise fédérale.

. . .

9. . . .

(3) Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1, l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement :

- a) les renseignements sont protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client;
- b) la communication révélerait des renseignements commerciaux confidentiels;
- c) elle risquerait vraisemblablement de nuire à la vie ou la sécurité d'un autre individu;
- c.1) les renseignements ont été recueillis au titre de l'alinéa 7(1)b);
- d) les renseignements ont été fournis uniquement à l'occasion d'un règlement officiel des différends.

Toutefois, dans les cas visés aux alinéas b) ou c), si les renseignements commerciaux confidentiels ou les renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire à la vie ou la sécurité d'un autre individu peuvent être retranchés du document en cause, l'organisation est tenue de faire la communication en retranchant ces renseignements.

. . .

**12. (1)** The Commissioner shall conduct an investigation in respect of a complaint and, for that purpose, may

(a) summon and enforce the appearance of persons before the Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce any records and things that the Commissioner considers necessary to investigate the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;

(b) administer oaths;

(c) receive and accept any evidence and other information, whether on oath, by affidavit or otherwise, that the Commissioner sees fit, whether or not it is or would be admissible in a court of law;

. . .

**13. (1)** The Commissioner shall, within one year after the day on which a complaint is filed or is initiated by the Commissioner, prepare a report that contains

(a) the Commissioner's findings and recommendations;

(b) any settlement that was reached by the parties;

. . .

**14. (1)** A complainant may, after receiving the Commissioner's report, apply to the Court for a hearing in respect of any matter in respect of which the complaint was made, or that is referred to in the Commissioner's report, and that is referred to in clause . . . of Schedule 1 . . .

. . .

**15.** The Commissioner may, in respect of a complaint that the Commissioner did not initiate,

(a) apply to the Court, within the time limited by section 14, for a hearing in respect of any matter described in that section, if the Commissioner has the consent of the complainant;

(b) appear before the Court on behalf of any complainant who has applied for a hearing under section 14; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any hearing applied for under section 14.

**12. (1)** Le commissaire procède à l'examen de toute plainte et, à cette fin, a le pouvoir :

a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les documents ou pièces qu'il juge nécessaires pour examiner la plainte dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements — fournis notamment par déclaration verbale ou écrite sous serment — qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

. . .

**13. (1)** Dans l'année suivant, selon le cas, la date du dépôt de la plainte ou celle où il en a pris l'initiative, le commissaire dresse un rapport où :

a) il présente ses conclusions et recommandations;

b) il fait état de tout règlement intervenu entre les parties;

. . .

**14. (1)** Après avoir reçu le rapport du commissaire, le plaignant peut demander que la Cour entende toute question qui a fait l'objet de la plainte — ou qui est mentionnée dans le rapport — et qui est visée aux articles [. . .] de l'annexe 1 . . .

. . .

**15.** S'agissant d'une plainte dont il n'a pas pris l'initiative, le commissaire a qualité pour :

a) demander lui-même, dans le délai prévu à l'article 14, l'audition de toute question visée à cet article, avec le consentement du plaignant;

b) comparaître devant la Cour au nom du plaignant qui a demandé l'audition de la question;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à la procédure.

16. The Court may, in addition to any other remedies it may give,

- (a) order an organization to correct its practices in order to comply with sections 5 to 10;
- (b) order an organization to publish a notice of any action taken or proposed to be taken to correct its practices, whether or not ordered to correct them under paragraph (a); and
- (c) award damages to the complainant, including damages for any humiliation that the complainant has suffered.

17. (1) An application made under section 14 or 15 shall be heard and determined without delay and in a summary way unless the Court considers it inappropriate to do so.

(2) In any proceedings arising from an application made under section 14 or 15, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations ex parte and conducting hearings in camera, to avoid the disclosure by the Court or any person of any information or other material that the organization would be authorized to refuse to disclose if it were requested under clause 4.9 of Schedule 1.

. . .

20. (1) Subject to subsections (2) to (5), 13(3) and 19(1), the Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge as a result of the performance or exercise of any of the Commissioner's duties or powers under this Part.

. . .

(3) The Commissioner may disclose, or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose, information that in the Commissioner's opinion is necessary to

- (a) conduct an investigation or audit under this Part; or
- (b) establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under this Part.

(4) The Commissioner may disclose, or may authorize any person acting on behalf or under the direction of

16. La Cour peut, en sus de toute autre réparation qu'elle accorde :

- a) ordonner à l'organisation de revoir ses pratiques de façon à se conformer aux articles 5 à 10;
- b) lui ordonner de publier un avis énonçant les mesures prises ou envisagées pour corriger ses pratiques, que ces dernières aient ou non fait l'objet d'une ordonnance visée à l'alinéa a);
- c) accorder au plaignant des dommages-intérêts, notamment en réparation de l'humiliation subie.

17. (1) Le recours prévu aux articles 14 ou 15 est entendu et jugé sans délai et selon une procédure sommaire, à moins que la Cour ne l'estime contre-indiqué.

(2) À l'occasion des procédures relatives au recours prévu aux articles 14 ou 15, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués, de par son propre fait ou celui de quiconque, des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu de l'article 4.9 de l'annexe 1.

. . .

20. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), 13(3) et 19(1), le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance par suite de l'exercice des attributions que la présente partie confère au commissaire.

. . .

(3) Il peut communiquer — ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à communiquer — les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour :

- a) examiner une plainte ou procéder à une vérification en vertu de la présente partie;
- b) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports prévus par la présente partie.

(4) Il peut également communiquer — ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à

the Commissioner to disclose, information in the course of

- (a) a prosecution for an offence under section 28;
- (b) a prosecution for an offence under section 132 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Part;
- (c) a hearing before the Court under this Part; or
- (d) an appeal from a decision of the Court.

(5) The Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada or of a province, as the case may be, information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of an officer or employee of an organization if, in the Commissioner's opinion, there is evidence of an offence.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Welchner Law Office, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Walsh Wilkins Creighton, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: MacIntosh, MacDonnell & MacDonald, New Glasgow, N.S.*

*Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: Information Commissioner of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the New Brunswick Office of the Ombudsman: New Brunswick Office of the Ombudsman, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Susan E. Ross, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner Ontario, Toronto.*

communiquer — des renseignements soit dans le cadre des procédures intentées pour l'infraction visée à l'article 28 ou pour l'infraction visée à l'article 132 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente partie, soit lors d'une audience de la Cour prévue par cette partie ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

(5) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions au droit fédéral ou provincial par un cadre ou employé d'une organisation, le commissaire peut faire part au procureur général du Canada ou d'une province, selon le cas, des renseignements qu'il détient à cet égard.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant : Welchner Law Office, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Walsh Wilkins Creighton, Calgary.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : MacIntosh, MacDonnell & MacDonald, New Glasgow, N.-É.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Bureau de l'Ombudsman du Nouveau-Brunswick : Bureau de l'Ombudsman du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureure de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Susan E. Ross, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Alberta: Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of Alberta : Chivers Carpenter, Edmonton.*



**New Brunswick (Human Rights Commission)** *Appellant*

v.

**Potash Corporation of Saskatchewan Inc.** *Respondent*

and

**Nova Scotia Human Rights Commission and Alberta Human Rights and Citizenship Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC.**

**Neutral citation: 2008 SCC 45.**

File No.: 31652.

2008: February 19; 2008: July 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK**

*Human rights — Discriminatory practices — Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Pension plans — Employee filing complaint alleging age discrimination after being asked to retire at 65 pursuant to mandatory retirement policy contained in pension plan — Provincial human rights legislation expressly declaring that age discrimination provisions not applicable if employer's decision to terminate employment taken pursuant to "bona fide pension plan" — Criteria required to show that pension plan is "bona fide pension plan" — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).*

*Pensions — Pension plans — Bona fide pension plans — Criteria required to show that pension plan is "bona fide pension plan" — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).*

**Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne)** *Appelante*

c.

**Potash Corporation of Saskatchewan Inc.** *Intimée*

et

**Nova Scotia Human Rights Commission et Alberta Human Rights and Citizenship Commission** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : NOUVEAU-BRUNSWICK (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC.**

**Référence neutre : 2008 CSC 45.**

N° du greffe : 31652.

2008 : 19 février; 2008 : 18 juillet.

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

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

*Droits de la personne — Mesures discriminatoires — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire — Régimes de pension — Plainte de discrimination fondée sur l'âge présentée par un employé après sa mise à la retraite à l'âge de 65 ans conformément à la règle pertinente d'un régime de pension — Loi provinciale sur les droits de la personne prévoyant expressément que ses dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquent pas lorsque la décision de mettre un employé à la retraite est prise conformément à un « régime de pension effectif » — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)(a).*

*Pensions — Régimes de pension — Régime de pension effectif — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)(a).*

An employee filed a complaint with the New Brunswick Human Rights Commission because he was asked to retire at the age of 65 pursuant to the mandatory retirement policy contained in his employer's pension plan. He alleged that this constituted age discrimination. Under the provincial *Human Rights Code*, the age discrimination provisions are expressly declared not to be applicable under s. 3(6)(a) if the employee is terminated pursuant to a "bona fide pension plan". A Board of Inquiry was asked what constitutes a bona fide pension plan within the meaning of s. 3(6)(a) of the Code. The Board concluded that, once a *prima facie* case of age discrimination has been made out, the employer had to satisfy the three-part "bona fide occupational requirement" test from *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"). On judicial review, the Court of Queen's Bench set aside the Board's decision and applied a different test, indicating that the pension plan must be both *bona fide* and reasonable. The Court of Appeal dismissed the employee's appeal and allowed the employer's cross-appeal. It concluded that, under s. 3(6)(a), the applicable test was whether the plan was subjectively and objectively *bona fide*.

**Held:** The appeal should be dismissed.

*Per* Binnie, LeBel, Abella and Rothstein JJ.: The three-part *Meiorin* test is applicable to s. 3(5) of the New Brunswick *Human Rights Code*, which deals with *bona fide* occupational qualifications, but does not apply to s. 3(6)(a) of the Code, which addresses "bona fide" retirement or pension plans. The words "bona fide" in s. 3(6)(a) are used to qualify a different provision in a different context. When used with "occupational qualification" or similar expressions, "bona fide" is a well-understood and accepted term of art in human rights law, but pensions have been treated differently in most human rights codes because they arose from different protective concerns. In enacting s. 3(6)(a), the legislature was seeking to confirm the financial protection available to employees under a genuine pension plan while ensuring that they were not arbitrarily deprived of their employment rights pursuant to a sham. If both ss. 3(5) and 3(6)(a) anticipated the same analysis, s. 3(6)(a) would be redundant. Furthermore, the French version of ss. 3(5) and 3(6)(a), as well as the statutory definitions and judicial consideration given to "bona fide pension plan" in the tax and pension context, confirm that the legislature intended different meanings to attach to

Un employé a saisi la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick d'une plainte alléguant que la règle de la retraite obligatoire à 65 ans établie par le régime de pension de son employeur constituait une discrimination fondée sur l'âge. Le *Code des droits de la personne* de la province dispose expressément à l'al. 3(6)a) que les dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquent pas à la décision de mettre un employé à la retraite qui est prise conformément à un « régime de pension effectif » (ou « *bona fide pension plan* » dans la version anglaise). Une commission d'enquête a été appelée à déterminer les critères auxquels un régime de pension devait satisfaire pour être effectif (*bona fide*) au sens de l'al. 3(6)a) du Code. Elle a conclu qu'en présence d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur l'âge, l'employeur devait satisfaire au critère à trois volets de l'« exigence professionnelle justifiée » issu de l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »). Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a infirmé la décision de la commission et appliqué un autre critère, statuant que le régime de pension devait être à la fois effectif et raisonnable. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'employé et accueilli le pourvoi incident de l'employeur. Elle a conclu que pour les besoins de l'al. 3(6)a), le régime devait être subjectivement et objectivement effectif (*bona fide*).

**Arrêt :** Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Binnie, LeBel, Abella et Rothstein : Le critère à trois volets de l'arrêt *Meiorin* s'applique au par. 3(5) du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, qui porte sur les qualifications professionnelles réellement requises, mais il ne s'applique pas à l'al. 3(6)a) du Code, qui porte sur le régime de retraite ou de pension « effectif » (*bona fide*). Le terme « *bona fide* » employé en anglais à l'al. 3(6)a) sert à qualifier un élément différent dans un contexte différent. Employé de pair avec « qualifications professionnelles » ou une expression apparentée, sa signification est bien établie et il fait partie des termes techniques propres au domaine des droits de la personne. Cependant, la plupart des codes des droits de la personne traitent différemment les régimes de pension en raison du souci de protection différent qui sous-tend la création de ceux-ci. Avec l'adoption de l'al. 3(6)a), le législateur visait à confirmer la protection financière offerte aux employés par un régime de pension véritable, ainsi qu'à faire en sorte qu'ils ne soient pas arbitrairement privés de leurs droits en matière d'emploi par un régime factice. Si le paragraphe 3(5) et l'al. 3(6)a) commandaient la même analyse, l'al. 3(6)a) serait redondant. De plus, la version

“*bona fide*” in s. 3(5) and in s. 3(6)(a). [17-18] [20] [22] [24] [27]

To meet the *bona fide* requirement in s. 3(6)(a), a pension plan must be subjectively and objectively *bona fide*: it must be a legitimate plan, adopted in good faith and not for the purpose of defeating protected rights. The inquiry is into the overall *bona fides* of the plan, not the actuarial details or mechanics of the terms and conditions of the plan. Registration under the New Brunswick *Pension Benefits Act* is at least one helpful indication of the *bona fides* of a pension plan. Accordingly, unless there is evidence that the pension plan as a whole is not legitimate, it will be protected by s. 3(6)(a) from the conclusion that a particular provision compelling retirement at a certain age constitutes age discrimination. [32-33] [37] [41-42]

*Per McLachlin C.J. and Deschamps and Charron J.J.*: A *bona fide* pension plan under s. 3(6)(a) of the New Brunswick *Human Rights Code* is one whose mandatory retirement terms (1) were adopted for a purpose rationally connected to the operation and sustainability of the plan, (2) were adopted in good faith and not as a sham to circumvent employee rights, and (3) are reasonably necessary having regard to the operation and sustainability of the plan. This is not an individualized inquiry, but one related to the operation of the plan. This reading of the Code best reflects the legislature’s intent, based on the wording of s. 3(6)(a) and the applicable principles of statutory construction. It preserves the employee’s right to be free of discrimination, unless the operation of the plan requires otherwise. At the same time, it permits employers to effectively administer pension plans. Further, this interpretation of s. 3(6)(a) is consistent not only with other human rights jurisprudence concerning pension plans that make age-based distinctions, but also with the justification required under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and human rights methodology, which looks to what is reasonable, necessary and minimally impairing. [47] [57] [84] [86] [89]

As the overall purpose of s. 3 of the Code is to curtail discriminatory practices, the limitations, including

française de chacune des dispositions, de même que la signification juridique et l’interprétation judiciaire associées au « régime de pension effectif [*bona fide*] » dans le contexte fiscal et celui de la retraite, confirment que le législateur a clairement voulu que le terme « *bona fide* » ait un sens différent dans la version anglaise des deux dispositions. [17-18] [20] [22] [24] [27]

Pour être effectif au sens de l’al. 3(6)a), un régime de pension doit l’être subjectivement et objectivement : il doit s’agir d’un régime légitime, adopté de bonne foi et ne visant pas à porter atteinte à des droits protégés. L’examen doit porter sur le caractère effectif du régime dans son ensemble, et non sur le fondement actuariel de ses modalités ou conditions. L’enregistrement du régime en application de la *Loi sur les prestations de pension* du Nouveau-Brunswick milite à tout le moins en faveur de son caractère effectif. Partant, sauf preuve d’illégitimité du régime dans son ensemble, l’al. 3(6)a) fait en sorte qu’une disposition obligeant l’employé à prendre sa retraite à un âge donné ne peut être assimilée à une mesure de discrimination fondée sur l’âge. [32-33] [37] [41-42]

*La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps et Charron* : Pour les besoins de l’al. 3(6)a) du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, un régime de pension effectif (*bona fide*) est celui dont les règles sur la retraite obligatoire (1) ont été adoptées dans un but ayant un lien rationnel avec son fonctionnement et sa viabilité, (2) ont été adoptées de bonne foi et non de façon factice afin de neutraliser les droits des employés et (3) sont raisonnablement nécessaires au fonctionnement du régime et à sa viabilité. L’examen n’est pas individualisé, mais embrasse le fonctionnement du régime. Cette interprétation du Code traduit le mieux l’intention du législateur, étant donné le libellé de l’al. 3(6)a) et les principes d’interprétation législative applicables. Elle fait en sorte qu’un employé ne puisse faire l’objet d’une mesure discriminatoire que si le fonctionnement du régime l’exige. En même temps, elle permet à l’employeur d’administrer efficacement le régime de pension. En outre, cette interprétation de l’al. 3(6)a) se concilie bien non seulement avec les décisions rendues jusqu’à ce jour sur le respect des droits de la personne lorsqu’un régime de pension établit une distinction fondée sur l’âge, mais également avec la justification que commande la *Charte canadienne des droits et libertés* et avec la méthode d’application des droits de la personne, qui s’intéresse au caractère raisonnable, nécessaire et minimal de l’atteinte. [47] [57] [84] [86] [89]

Étant donné que l’art. 3 du Code vise globalement à enrayer les pratiques discriminatoires, une exception,

those in s. 3(6)(a), should be construed as furthering the goal of preventing discrimination while permitting sufficient flexibility to ensure fairness and the achievement of employer goals in the workplace. While it should also allow pension plans to operate in a sustainable fashion, an interpretation that overshoots this purpose should be avoided. Sections 3(1) and 3(6)(a), together, should be read as promoting the dual purposes of (1) protecting employees under pension plans from being arbitrarily deprived of the right to work by age discrimination, and (2) protecting the financial security of employees by permitting pension plans to operate on a sustainable basis. Section 3(6)(a) is directed at resolving friction between these two goals when conflicts arise. [60-61] [63]

Although ss. 3(5) and 3(6)(a) require the application of different frameworks, the central implication of “*bona fide*” in s. 3(5) and in human rights law generally is the idea that it calls for justification of limits on human rights. The use of the same term in s. 3(6)(a) suggests that the legislature had something similar in mind in enacting the pension plan exemption. Where a *prima facie* case of age discrimination is made out, the employer will be called upon to show that the provision in the pension plan under which an employee is terminated is a reasonable measure in terms of the functionality and sustainability of the plan. To adopt a “*bona fide* pension plan” test which requires no significant justification of the limitation on the employee’s right not to be discriminated against on the basis of age and which reduces “*bona fide*” to the mere idea of not being a sham is to take an impoverished view of the term. A plan whose terms or conditions unjustifiably limit the guaranteed human rights of employees is not a legitimate plan and cannot be considered *bona fide*. [50] [72-73] [75] [77]

### Cases Cited

By Abella J.

**Referred to:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408; *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518.

telle celle prévue à l’al. 3(6)(a), devrait être interprétée comme promouvant la réalisation de cet objectif de prévention tout en assurant la souplesse nécessaire à l’équité et à la réalisation des objectifs de l’employeur dans le lieu de travail. L’interprétation devrait également permettre le fonctionnement viable d’un régime de pension, sans plus. Il faut voir au par. 3(1) et à l’al. 3(6)(a), considérés de pair, le double objectif (1) d’empêcher la discrimination fondée sur l’âge de priver arbitrairement de leur droit de travailler les employés bénéficiant d’un régime de pension et (2) de garantir la sécurité financière des employés en permettant le fonctionnement viable d’un régime de pension. L’alinéa 3(6)(a) vise à résoudre les conflits éventuels entre ces deux objectifs. [60-61] [63]

Même si le par. 3(5) et l’al. 3(6)(a) exigent l’application de cadres différents, l’emploi du terme « *bona fide* » dans la version anglaise du par. 3(5) et dans les dispositions sur les droits de la personne en général a pour effet principal de faire naître l’obligation de justifier toute restriction des droits de la personne. L’emploi du même qualificatif à l’al. 3(6)(a) indique que le législateur avait quelque chose de semblable en tête lorsqu’il a établi l’exception applicable aux régimes de pension. Lorsque la discrimination fondée sur l’âge est établie *prima facie*, l’employeur doit prouver que la disposition du régime de pension sur laquelle il se fonde pour mettre fin à l’emploi constitue une mesure raisonnable au regard du fonctionnement et de la viabilité du régime. Appliquer un critère n’exigeant aucune justification tangible de la restriction du droit de l’employé à la protection contre la discrimination fondée sur l’âge ramène la notion de « *bona fide* » (en anglais) à la seule absence de facticité et l’appauvrit. Un régime dont les modalités ou conditions limitent de manière injustifiée les droits fondamentaux des employés n’est pas légitime et ne saurait être tenu pour effectif (ou *bona fide*). [50] [72-73] [75] [77]

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dickason c. Université de l’Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l’É. 408; *Snook c. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518.

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *O'Neill v. C.P.U.* (1996), 28 C.H.R.R. D/24; *Volkow v. Summit Logistics Inc.* (2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43; *Bogdanich v. Summit Logistics Inc.* (2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292; *Soucie v. Transit Employees' Health Benefit Plan*, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322; *Stefanuk v. Municipal Pension Board of Trustees* (2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19; *Bégin v. Richmond School Dist. No. 38* (2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT 60.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1973, c. 45, s. 3(1), (3).  
 Bill 62, *An Act to Amend the Human Rights Act*, 2nd Sess., 55th Leg., New Brunswick, 2004-2005 (date of first reading: June 2, 2005).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 20, 20.1.  
*Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 44(1).  
*Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 6(f)(i), (g).  
*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, ss. 6(4), 11, 14(1)(d).  
*Human Rights Act*, S. Nu. 2003, c. 12, s. 9(2), (4).  
*Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 7(2), (3).  
*Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, s. 7(2), (3).  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(3), (4).  
*Human Rights Code*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3.  
*Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, c. H-14, s. 9(1), (5).  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 24(1)(b), 25(2), (2.1).  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.).  
*Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, s. 8502(a).  
*Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, s. 10.  
*Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1, s. 1 "pension", "pension benefit", "pension plan", 7, 10, 13(1), (2).

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts mentionnés :** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *O'Neill c. C.P.U.* (1996), 28 C.H.R.R. D/24; *Volkow c. Summit Logistics Inc.* (2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43; *Bogdanich c. Summit Logistics Inc.* (2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292; *Soucie c. Transit Employees' Health Benefit Plan*, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322; *Stefanuk c. Municipal Pension Board of Trustees* (2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19; *Bégin c. Richmond School Dist. No. 38* (2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT 60.

#### Lois et règlements cités

*Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1973, ch. 45, art. 3(1), (3).  
*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 20, 20.1.  
*Code des droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 24(1)(b), 25(2), (2.1).  
*Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 6(f)(i), (g).  
*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 6(4), 11, 14(1)(d).  
*Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, ch. H-14, art. 7(2), (3).  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(3), (4).  
*Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, ch. H-14, art. 9(1), (5).  
*Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, ch. 41, art. 44(1).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-26, art. 26.  
*Loi sur les droits de la personne*, L. Nu. 2003, ch. 12, art. 9(2), (4).

*Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26, s. 26.  
*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(4), (7).

#### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "bona fide".  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 2002, "effectif".  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, Official Report (Hansard), First Sess., 32nd Parl., No. 21, May 15, 1981, p. 743, No. 114, December 1, 1981, p. 4097.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson J.J.A.) (2006), 271 D.L.R. (4th) 483, 301 N.B.R. (2d) 204, 783 A.P.R. 204, 45 Admin. L.R. (4th) 233, 53 C.C.P.B. 1, 2007 CLLC ¶230-015, 57 C.H.R.R. D/334, [2006] N.B.J. No. 306 (QL), 2006 CarswellNB 399, 2006 NBCA 74, affirming a decision of Russell J. (2005), 291 N.B.R. (2d) 92, 758 A.P.R. 92, 37 Admin. L.R. (4th) 71, 47 C.C.P.B. 261, 2007 CLLC ¶230-014, 52 C.H.R.R. D/518, [2005] N.B.J. No. 197 (QL), 2005 CarswellNB 273, 2005 NBQB 183. Appeal dismissed.

*Jula Hughes, Seamus I. Cox and Kelly VanBuskirk*, for the appellant.

*Peter T. Zed, Q.C., Nadia M. MacPhee, Clint P. Weiland and Nicholas McHaffie*, for the respondent.

*Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, art. 7(2), (3).  
*Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 10.  
*Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, art. 1 « pension », « prestation de pension », « régime de pension », 7, 10, 13(1), (2).  
 Projet de loi 62, *Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, 2<sup>e</sup> sess., 55<sup>e</sup> lég., Nouveau-Brunswick, 2004-2005 (date de première lecture : le 2 juin 2005).  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 8502a).  
*Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 16(4), (7).

#### Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004, « bona fide ».  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.  
*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 2002, « effectif ».  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, Official Report (Hansard), First Sess., 32nd Parl., No. 21, May 15, 1981, p. 743, No. 114, December 1, 1981, p. 4097.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 271 D.L.R. (4th) 483, 301 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 204, 783 A.P.R. 204, 45 Admin. L.R. (4th) 233, 53 C.C.P.B. 1, 2007 CLLC ¶230-015, 57 C.H.R.R. D/334, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 306 (QL), 2006 CarswellNB 400, 2006 NBCA 74, qui a confirmé une décision du juge Russell (2005), 291 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 92, 758 A.P.R. 92, 37 Admin. L.R. (4th) 71, 47 C.C.P.B. 261, 2007 CLLC ¶230-014, 52 C.H.R.R. D/518, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 197 (QL), 2005 CarswellNB 273, 2005 NBBR 183. Pourvoi rejeté.

*Jula Hughes, Seamus I. Cox et Kelly VanBuskirk*, pour l'appelante.

*Peter T. Zed, c.r., Nadia M. MacPhee, Clint P. Weiland et Nicholas McHaffie*, pour l'intimée.

*Michael J. Wood, Q.C., and Jennifer H. Ross,* for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission.

*Audrey Dean and Henry S. Brown, Q.C.,* for the intervener the Alberta Human Rights and Citizenship Commission.

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

[1] ABELLA J. — In 2004, Melrose Scott filed a complaint with the New Brunswick Human Rights Commission because he was asked to retire at the age of 65 pursuant to the mandatory retirement policy contained in his employer's pension plan. He alleged that this constituted age discrimination. After attempts at conciliation failed, the complaint was referred to a Board of Inquiry for adjudication.

[2] The age discrimination provisions in New Brunswick's *Human Rights Code*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, are expressly declared *not* to apply to a decision to terminate an employee if the decision was taken pursuant to a *bona fide* retirement or pension plan. The dispute in this case is over what test is triggered by the use of the phrase "*bona fide*" in connection with a pension plan in the Code.

[3] The Board of Inquiry was asked to make a preliminary ruling on what constitutes a *bona fide* pension plan within the meaning of s. 3(6)(a) of the Code. That is the only issue before us.

[4] Despite the invitation of an intervener, the Alberta Human Rights and Citizenship Commission, that we re-engage in a policy debate about the ongoing legitimacy of mandatory retirement generally, and, in particular, this Court's related decisions in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Dickason v. University of Alberta*,

*Michael J. Wood, c.r., et Jennifer H. Ross,* pour l'intervenante Nova Scotia Human Rights Commission.

*Audrey Dean et Henry S. Brown, c.r.,* pour l'intervenante Alberta Human Rights and Citizenship Commission.

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

[1] LA JUGE ABELLA — En 2004, Melrose Scott a saisi la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick d'une plainte alléguant que la règle de la retraite obligatoire établie par le régime de pension de son employeur — l'obligeant à prendre sa retraite à 65 ans — constituait une discrimination fondée sur l'âge. Les tentatives de conciliation ont échoué, et la plainte a été déferée à une commission d'enquête pour qu'elle tranche.

[2] Le *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, prévoit expressément que ses dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge *ne* s'appliquent *pas* à la décision de mettre fin à un emploi qui est prise conformément aux modalités ou conditions d'un régime de retraite ou de pension effectif (*bona fide retirement or pension plan*, en anglais). Le différend porte en l'espèce sur le critère découlant de l'utilisation, dans la version anglaise de la disposition législative applicable, du terme « *bona fide* » (*effectif*, en français) pour qualifier un régime de pension.

[3] La commission d'enquête a été appelée à déterminer ce que constituait un régime de pension effectif (*bona fide*, en anglais) au sens de l'al. 3(6)a) du Code. C'est la seule question à trancher dans le présent pourvoi.

[4] L'une des intervenantes, l'Alberta Human Rights and Citizenship Commission, invite la Cour à reprendre le débat de fond sur la légitimité de la retraite obligatoire et, plus particulièrement, du bien-fondé des arrêts connexes *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S.

[1992] 2 S.C.R. 1103, this case does not present us with the proper opportunity to do so. No constitutional challenge has been made to the relevant provision of the *Human Rights Code*. As McLachlin J. observed in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”):

Although the various human rights statutes have an elevated legal status (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321), they remain legislative pronouncements and, in the absence of a constitutional challenge, this Court must interpret them according to their terms, and in light of their purposes. [Emphasis added; para. 43.]

If s. 3(6)(a) is perceived to be in need of constitutional challenge or legislative revision, both options remain available. Neither, however, is before us. Our task, as a result, is limited to discerning what criteria satisfy the test in s. 3(6)(a) of the legislation.

[5] Section 3 of New Brunswick’s *Human Rights Code* is the statutory framework for examining this issue. The particular provisions which guide the discussion are ss. 3(5) and 3(6)(a), both of which are highlighted:

3(1) No employer, employers’ organization or other person acting on behalf of an employer shall

- (a) refuse to employ or continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person in respect of employment or any term or condition of employment,

because of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity.

3(2) No employment agency shall, because of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital

1103, mais la présente espèce ne s’y prête pas. La constitutionnalité de la disposition pertinente du *Code des droits de la personne* n’est pas contestée. Comme l’a signalé la juge McLachlin dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* ») :

Même si les différentes lois sur les droits de la personne occupent un rang juridique élevé (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321), il ne s’agit pas moins de déclarations législatives et, en l’absence de contestation fondée sur la Constitution, notre Cour doit les interpréter en fonction de leur libellé et de leurs objectifs. [Je souligne; par. 43.]

La contestation constitutionnelle de l’al. 3(6)a) demeure toujours possible, si besoin est, de même que sa modification législative, mais ce n’est pas ce dont il est question aujourd’hui. Il nous incombe donc uniquement de dégager les conditions qui doivent être réunies pour satisfaire au critère établi à l’al. 3(6)a) de la Loi.

[5] Le cadre législatif pertinent est l’art. 3 du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, et les dispositions sur lesquelles porte plus particulièrement notre examen sont le par. 3(5) et l’al. 3(6)a), tous deux en caractères gras ci-après :

3(1) Aucun employeur, aucune organisation patronale ni aucune autre personne agissant pour le compte d’un employeur ne doit

- a) refuser d’employer ou de continuer d’employer une personne, ni
- b) faire preuve de discrimination envers une personne en matière d’emploi ou quant aux modalités ou conditions d’emploi,

en raison de sa race, de sa couleur, de sa croyance, de son origine nationale, de son ascendance, de son lieu d’origine, de son âge, de son incapacité physique, de son incapacité mentale, de son état matrimonial, de son orientation sexuelle, de son sexe, de sa condition sociale ou de convictions ou d’activité politiques.

3(2) Aucune agence de placement ne doit faire preuve de discrimination envers une personne en quête d’un emploi en raison de sa race, de sa couleur, de sa



status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity, discriminate against any person seeking employment.

**3(3)** No trade union or employers' organization shall

- (a) exclude any person from full membership,
- (b) expel, suspend or otherwise discriminate against any of its members, or
- (c) discriminate against any person in respect of his employment by an employer,

because of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity.

**3(4)** No person shall

- (a) use or circulate any form of application for employment,
- (b) publish or cause to be published any advertisement in connection with employment, or
- (c) make any oral or written inquiry in connection with employment,

that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference, or requires an applicant to furnish any information as to race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity.

**3(5)** Notwithstanding subsections (1), (2), (3) and (4), a limitation, specification or preference on the basis of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity shall be permitted if such limitation, specification or preference is based upon a *bona fide* occupational qualification as determined by the Commission.

croyance, de son origine nationale, de son ascendance, de son lieu d'origine, de son âge, de son incapacité physique, de son incapacité mentale, de son état matrimonial, de son orientation sexuelle, de son sexe, de sa condition sociale ou de convictions ou d'activité politiques.

**3(3)** Aucun syndicat ouvrier ni aucune organisation patronale ne doit

- a) refuser à une personne la pleine qualité de membre,
- b) expulser ou suspendre l'un de ses membres ou prendre toute autre mesure discriminatoire à son égard, ni
- c) faire preuve de discrimination envers une personne quant à son embauchage par un employeur,

en raison de sa race, de sa couleur, de sa croyance, de son origine nationale, de son ascendance, de son lieu d'origine, de son âge, de son incapacité physique, de son incapacité mentale, de son état matrimonial, de son orientation sexuelle, de son sexe, de sa condition sociale ou de convictions ou d'activité politiques.

**3(4)** Nul ne doit

- a) utiliser ni mettre en circulation des formules de demande d'emploi,
- b) publier ou faire publier des annonces relativement à un emploi, ni
- c) faire des enquêtes, de vive voix ou par écrit, relativement à un emploi,

si ces formules, annonces ou enquêtes expriment directement ou indirectement une restriction, une condition ou une préférence ou obligent un candidat à fournir des renseignements quant à sa race, sa couleur, sa croyance, son origine nationale, son ascendance, son lieu d'origine, son âge, son incapacité physique, son incapacité mentale, de son état matrimonial, de son orientation sexuelle, de son sexe, de sa condition sociale ou de convictions ou d'activité politiques.

**3(5)** Nonobstant les paragraphes (1), (2), (3) et (4), une restriction, condition ou préférence reposant sur la race, la couleur, la croyance, l'origine nationale, l'ascendance, le lieu d'origine, l'âge, l'incapacité physique, l'incapacité mentale, l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, le sexe, la condition sociale ou de convictions ou d'activité politiques est autorisée si elle se fonde sur des qualifications professionnelles réellement requises [*bona fide occupational qualification*, en anglais], selon ce que détermine la Commission.

**3(6) The provisions of subsections (1), (2), (3) and (4) as to age do not apply to**

- (a) the termination of employment or a refusal to employ because of the terms or conditions of any *bona fide* retirement or pension plan;
- (b) the operation of the terms or conditions of any *bona fide* retirement or pension plan that have the effect of a minimum service requirement; or
- (c) the operation of terms or conditions of any *bona fide* group or employee insurance plan.

3(6.1) The provisions of subsections (1), (2), (3) and (4) as to age do not apply to a limitation, specification, exclusion, denial or preference in relation to a person who has not attained the age of majority if the limitation, specification, exclusion, denial or preference is required or authorized by an Act of the Legislature or a regulation made under that Act.

[6] The Board, adopting the approach to s. 3(6)(a) advanced by the New Brunswick Human Rights Commission, concluded that once a *prima facie* case of age discrimination has been made out, the employer must satisfy the three-part “*bona fide* occupational requirement” test from *Meiorin* in order to show that the pension plan is *bona fide* ((2004), 52 C.H.R.R. D/508).

[7] Russell J. set aside the Board’s decision ((2005), 291 N.B.R. (2d) 92, 2005 NBQB 183). Rather than the *Meiorin* approach, he found this Court’s analysis in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, to be applicable to pension plans. He held that even though, unlike the Ontario legislation at issue in *Zurich*, s. 3(6)(a) does not expressly stipulate that a pension plan be both *bona fide* and reasonable, both factors are nonetheless relevant in determining whether a pension plan is a *bona fide* one.

[8] The New Brunswick Human Rights Commission appealed to the Court of Appeal. The

**3(6) Les dispositions des paragraphes (1), (2), (3) et (4) quant à l’âge ne s’étendent pas**

- a) à la cessation d’emploi ou au refus d’emploi en raison des modalités ou conditions d’un régime de retraite ou de pension effectif [*bona fide retirement or pension plan*, en anglais];
- b) à l’application des modalités ou conditions d’un régime de retraite ou de pension effectif qui ont pour effet d’exiger un nombre minimal d’années de services; ni
- c) à l’application des modalités ou conditions d’un régime d’assurance-groupe ou d’assurance-salariés effectif.

3(6.1) Les dispositions des paragraphes (1), (2), (3) et (4) quant à l’âge ne s’appliquent pas à une restriction, une condition, une exclusion, un refus ou une préférence relativement à une personne qui n’a pas atteint l’âge de la majorité si cette restriction, condition, exclusion, refus ou préférence est exigée ou autorisée par une Loi de la Législature ou par un règlement établi en vertu de cette loi.

[6] Faisant sienne l’interprétation de l’al. 3(6)(a) par la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, la commission d’enquête a conclu qu’en présence d’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur l’âge, l’employeur doit satisfaire au critère à trois volets de l’« exigence professionnelle justifiée » issu de l’arrêt *Meiorin* pour établir que le régime de pension est effectif ((2004), 52 C.H.R.R. D/508).

[7] Le juge Russell a infirmé la décision de la commission d’enquête ((2005), 291 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 92, 2005 NBBR 183), concluant que l’analyse applicable à un régime de pension est celle de l’arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, et non celle de l’arrêt *Meiorin*. Il a estimé que même si, contrairement aux dispositions législatives ontariennes en cause dans l’affaire *Zurich*, l’al. 3(6)(a) n’exige pas expressément qu’un régime de pension soit à la fois effectif (*bona fide*, en anglais) et raisonnable, les deux facteurs demeurent pertinents pour déterminer si l’on est en présence d’un régime de pension effectif.

[8] La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick s’est pourvue devant la Cour

employer cross-appealed Russell J.'s conclusion that the "reasonableness" portion of the *Zurich* test applies to the test for a *bona fide* pension plan under s. 3(6)(a).

[9] Robertson J.A., writing for the majority in the Court of Appeal, agreed with Russell J. that the Board's decision ought to be overturned ((2006), 301 N.B.R. (2d) 204, 2006 NBCA 74). He concluded that s. 3(6)(a) was a distinct provision, attracting a different test from the one set out in s. 3(5) dealing with *bona fide* occupational qualifications. In his view, s. 3(6)(a) was designed, in fact, to relieve employers who had a *bona fide* pension plan of any obligation under s. 3(5) to justify a mandatory retirement policy as a *bona fide* occupational qualification.

[10] He also found, unlike Russell J., that the "reasonableness" aspect of the test from *Zurich* does not apply to s. 3(6)(a) because the word "reasonable", which appears in the Ontario legislation, does not appear in the New Brunswick Code. The applicable test was, instead, the one stated in the legislation: the *bona fides* of the plan. Concluding that this was a test with both a subjective *and* objective component, Robertson J.A. explained:

It is possible to inject an objective component into the *bona fides* test without reading in a reasonableness test. It is not simply a question of whether an employer honestly believes that . . . the plan was not adopted for purposes of defeating protected rights. That belief has to be measured against an objective standard in the sense that the belief is reasonable in the circumstances of a particular case. For example, if the employer's pension plan could not be registered under the *Pensions Act* of New Brunswick, the objective component of the *bona fides* test might be difficult to satisfy. But this is a far cry from reading into s. 3(6)(a) of the *Human Rights Act* a reasonableness test as formulated in *Zurich Insurance*. [para. 80]

d'appel, et l'employeur a formé un appel incident à l'encontre de la conclusion du juge Russell selon laquelle le volet de l'arrêt *Zurich* touchant au « caractère raisonnable » s'applique pour déterminer si un régime de pension est effectif au sens de l'al. 3(6)a).

[9] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Robertson a convenu avec le juge Russell que la décision de la commission d'enquête devait être infirmée ((2006), 301 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 204, 2006 NBCA 74). Il a conclu que l'al. 3(6)a était une disposition distincte appelant l'application d'un autre critère que celui établi au par. 3(5) pour les qualifications professionnelles réellement requises (*bona fide occupational qualification*, en anglais). Selon lui, l'al. 3(6)a visait en fait à soustraire l'employeur doté d'un régime de pension effectif à l'obligation de justifier la retraite obligatoire sous l'angle des qualifications professionnelles réellement requises au sens du par. 3(5).

[10] Contrairement au juge Russell, le juge Robertson a conclu en outre que le volet de l'arrêt *Zurich* touchant au « caractère raisonnable » ne s'appliquait pas à l'al. 3(6)a, car le mot « raisonnable » n'était employé que dans la disposition législative ontarienne. Le critère applicable était donc celui prévu dans la loi, c'est-à-dire le caractère effectif (*bona fides*, en anglais) du régime. Concluant que ce critère comportait un élément subjectif *et* un élément objectif, il a précisé :

Il est en effet possible d'intégrer un élément objectif dans le critère de la bonne foi [*bona fides*, en anglais] sans nécessairement inférer la notion de caractère raisonnable. Il ne s'agit pas simplement de savoir si un employeur croit honnêtement que [. . .] le régime n'a pas été adopté dans le but de porter atteinte aux droits garantis. Cette conviction doit être mesurée à l'aune d'une norme objective en ce sens que la conviction doit être raisonnable dans les circonstances de l'affaire en cause. Par exemple, si le régime de pension de l'employeur ne pouvait pas être enregistré en vertu de la *Loi sur les prestations de pension* du Nouveau-Brunswick, il pourrait être difficile de satisfaire à l'élément objectif du critère de la bonne foi. Cependant, on est loin d'une conclusion selon laquelle l'alinéa 3(6)a de la *Loi sur les droits de la personne* renferme implicitement le critère du caractère raisonnable formulé [dans l'arrêt] *Zurich Insurance*. [par. 80]

[11] For the following reasons, I agree with Robertson J.A.

### Analysis

[12] The New Brunswick *Human Rights Code* establishes a scheme whereby discrimination in employment on the basis of age is prohibited by s. 3(1) to (4). An age-related limitation of these rights is permitted, however, if it is based upon a “*bona fide* occupational qualification” (s. 3(5)). The *Meiorin* test is required here to determine whether the age-related limitation is “reasonably necessary to the achievement of legitimate work-related objectives” (*Meiorin*, at para. 50), and whether the complainant can be accommodated without imposing undue hardship on the employer.

[13] A different framework is set out in s. 3(6)(a). It states very clearly that the protections from age discrimination found in s. 3(1) to (4) “do not apply” when the termination is “because of the terms or conditions of any *bona fide* retirement or pension plan”.

[14] The New Brunswick Human Rights Commission urged this Court to apply the *Meiorin* “*bona fide* occupational requirement” test to determine whether, under s. 3(6)(a), a pension plan is *bona fide*. In so doing, it relied on this Court’s decision in *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, where the Court said, “While the *Meiorin* test was developed in the employment context, it applies to all claims for discrimination under the B.C. *Human Rights Code*” (para. 19).

[15] According to the Commission, a *Meiorin* analysis would require that an employer with a mandatory retirement provision in a pension plan prove:

(1) that the mandatory retirement policy was adopted for a purpose that is rationally connected to the pension plan’s effective operation or integrity; (2) that the mandatory retirement policy was adopted in good faith, in

[11] Pour les raisons qui suivent, je partage l’avis du juge Robertson.

### Analyse

[12] Les paragraphes 3(1) à (4) du *Code des droits de la personne* interdisent la discrimination fondée sur l’âge dans l’emploi. Une restriction reposant sur l’âge est cependant permise lorsqu’elle s’appuie sur des « qualifications professionnelles réellement requises » (par. 3(5)). L’analyse issue de l’arrêt *Meiorin* s’applique alors pour déterminer si cette restriction est « raisonnablement nécessaire » à la réalisation d’objectifs légitimes liés au travail » (*Meiorin*, par. 50) et s’il est possible de composer avec le plaignant sans qu’il n’en résulte de contrainte excessive pour l’employeur.

[13] L’alinéa 3(6)a établit un cadre différent. Il énonce très clairement que les dispositions interdisant la discrimination fondée sur l’âge — les par. 3(1) à (4) — « ne s’étendent pas » à la cessation d’emploi qui intervient « en raison des modalités ou conditions d’un régime de retraite ou de pension effectif ».

[14] Invoquant l’arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick exhorte la Cour à appliquer le critère de l’« exigence professionnelle justifiée » issu de l’arrêt *Meiorin* pour déterminer si un régime de pension est effectif au sens de l’al. 3(6)a. Dans l’arrêt *Grismer*, la Cour a dit : « Bien que le critère de l’arrêt *Meiorin* ait été établi dans le contexte de l’emploi, il s’applique à toutes les demandes fondées sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique » (par. 19).

[15] Selon la Commission, l’analyse issue de l’arrêt *Meiorin* oblige l’employeur dont le régime de pension prévoit l’âge obligatoire de la retraite à prouver :

[TRADUCTION] (1) qu’il a adopté la politique sur la retraite obligatoire dans un but ayant un lien rationnel avec le bon fonctionnement ou l’intégrité du régime, (2) qu’il l’a adoptée de bonne foi, en croyant qu’elle était

the belief that it was necessary to the fulfillment of that legitimate pension plan-related purpose or goal; and (3) that the mandatory retirement policy is reasonably necessary to accomplish the chosen pension plan-related purpose or goal, in the sense that it is impossible to accommodate individual members like the complainant without imposing undue hardship upon the employer or plan administrator. [Appellant's Factum, at para. 83]

[16] This is the same test that would apply under s. 3(5).

[17] Section 3(6)(a) addresses "*bona fide*" retirement or pension plans. Section 3(5), on the other hand, is about "*bona fide*" occupational qualifications. I do not accept that the words "*bona fide*" in s. 3(6)(a) attract the same analysis in s. 3(6)(a) as they do in s. 3(5) just because they are both in a human rights statute. We must consider the meaning of the whole phrase, and cannot be guided only by the modifier "*bona fide*", whose descriptive content emerges from, but does not define, the statutory context.

[18] There is no doubt that the words "*bona fide*" have a unique pedigree in human rights jurisprudence. When the words are used together with "occupational qualification", "occupational requirement" or "reasonable justification", they have a well-understood meaning and represent an accepted term of art in the human rights world. With respect for the contrary view, the importance of the words "*bona fide*" in Canadian human rights law is not undermined by the recognition that, when they are used to qualify a different provision in a different context, they are to be given their ordinary meaning of "good faith".

[19] I accept that human rights legislation must be interpreted in accordance with its quasi-constitutional status. This means that ambiguous language must be interpreted in a way that best reflects the remedial goals of the statute. It does not, however, permit interpretations which are inconsistent with the wording of the legislation. I agree with L'Heureux-Dubé J.'s observation that "where legislation provides tribunals with a specific

nécessaire pour atteindre ce but ou cet objectif légitime lié au régime de pension et (3) que la politique est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but ou l'objet légitime lié au régime de pension choisi, c'est-à-dire qu'il est impossible de prendre une mesure d'accommodement à l'égard d'un participant comme le plaignant sans imposer une contrainte excessive à l'employeur ou à l'administrateur du régime. [Mémoire de l'appelante, par. 83]

[16] Il s'agit de l'analyse applicable pour les besoins du par. 3(5).

[17] En anglais, le terme « *bona fide* » qualifie un régime de retraite ou de pension à l'al. 3(6)a, et des qualifications professionnelles au par. 3(5). Je ne puis convenir qu'il a le même sens dans les deux dispositions uniquement parce que celles-ci figurent dans une loi relative aux droits de la personne. Il faut considérer l'expression en entier et ne pas s'attacher seulement au qualificatif « *bona fide* », dont le sens ne détermine pas le contexte législatif, mais s'en dégage.

[18] Il ne fait aucun doute que « *bona fide* » a un sens bien particulier en matière de droits de la personne. Employé de pair avec « qualifications professionnelles » ou « exigences professionnelles », ou encore, avec « justification raisonnable », sa signification est bien établie et il fait partie des termes techniques propres au domaine des droits de la personne. À mon humble avis, ce n'est pas diminuer son importance dans les dispositions canadiennes sur les droits de la personne que de reconnaître que lorsque, dans un texte législatif, il sert à qualifier un élément différent dans un contexte différent, il retrouve son sens ordinaire, celui de la « bonne foi ».

[19] Je reconnais qu'une loi relative aux droits de la personne doit être interprétée au regard de sa nature quasi constitutionnelle. Le sens de toute disposition équivoque doit donc être celui qui s'harmonise le mieux avec les objectifs réparateurs de la loi, mais il ne doit pas être incompatible avec le texte de celle-ci. À l'instar de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Dickason*, j'estime que « lorsque la loi fournit aux tribunaux un test particulier

test for discriminatory justifications, the tribunals should apply that test” (*Dickason*, at p. 1157).

[20] If both ss. 3(6)(a) and 3(5) meant the same thing, both requiring a *Meiorin* analysis, s. 3(6)(a) would be redundant. I agree with Robertson J.A.’s conclusion that

it is impermissible to read into s. 3(6)(a) a BFOQ test. To do so would defeat the clear intention of the legislature: to ensure that employers would not have to defend mandatory retirement policies by satisfying the BFOQ requirement set down in s. 3(5). Instead, employers may invoke the defence of bona fide pension plan. In brief, it makes no interpretative sense to have a BFOQ requirement in both s. 3(5) and s. 3(6)(a). [para. 43]

[21] It is interesting to note that the New Brunswick Legislature introduced a Bill in June 2005 which would have repealed s. 3(6)(a) (Bill 62, *An Act to Amend the Human Rights Act*, 2nd Sess., 55th Leg., 2004-2005). This would have had the effect of requiring employers to justify mandatory retirement policies contained in their pension plans pursuant to the *Meiorin* analysis. Robertson J.A. pointed out the significance of this proposed (and eventually unimplemented) amendment:

... if this Court were to accept the Commission’s interpretative argument that s. 3(6)(a) includes a BFOQ component, there would be no need to repeal s. 3(6)(a). With or without the amendment, an employer would have to satisfy the BFOQ test articulated in *Meiorin*. In effect, the Commission is asking us to judicially repeal s. 3(6)(a) by adopting an interpretation that negates its obvious purpose. This is one more reason for refusing to read into s. 3(6)(a) a BFOQ test. [para. 65]

[22] The legislature is addressing different concerns in each of ss. 3(5) and 3(6)(a). Pensions were

permettant de justifier une discrimination, les tribunaux devraient l’appliquer » (p. 1157).

[20] Si le terme « *bona fide* » avait la même signification à l’al. 3(6)(a) et au par. 3(5) et que les deux dispositions commandaient l’analyse issue de l’arrêt *Meiorin*, l’al. 3(6)(a) serait redondant. Je fais mienne la conclusion suivante du juge Robertson :

... il est inadmissible de conclure que l’alinéa 3(6)a renferme implicitement un critère de qualifications professionnelles réellement requises. En effet, une telle interprétation serait contraire à l’intention que le législateur a clairement exprimée : faire en sorte que les employeurs ne soient pas obligés de justifier des politiques sur la retraite obligatoire en satisfaisant à l’exigence des qualifications professionnelles réellement requises énoncée au paragraphe 3(5). Les employeurs peuvent plutôt invoquer l’existence d’un régime de pension effectif comme moyen de défense. Bref, sur le plan interprétatif, il ne ferait aucun sens d’avoir une exigence relative aux qualifications professionnelles réellement requises à la fois au paragraphe 3(5) et à l’alinéa 3(6)a. [par. 43]

[21] Fait intéressant à signaler, en juin 2005, l’assemblée législative du Nouveau-Brunswick a été saisie d’un projet de loi visant à abroger l’al. 3(6)a (projet de loi 62, *Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, 2<sup>e</sup> sess., 55<sup>e</sup> lég., 2004-2005). L’abrogation aurait obligé l’employeur doté d’un régime de pension prévoyant la retraite obligatoire à justifier cette règle au regard de l’arrêt *Meiorin*. Le juge Robertson a fait ressortir les implications de cette modification proposée (mais finalement écartée) :

... si notre Cour devait accepter l’argument interprétatif de la Commission selon lequel l’alinéa 3(6)a renferme un élément du critère des qualifications professionnelles réellement requises, il ne serait pas nécessaire d’abroger l’alinéa 3(6)a. Avec ou sans cette modification, l’employeur devrait satisfaire au critère formulé à cet égard dans *Meiorin*. En réalité, la Commission demande à notre Cour de s’arroger le pouvoir d’abroger l’alinéa 3(6)a en adoptant une interprétation qui va à l’encontre de son objet manifeste. C’est une raison supplémentaire pour refuser de conclure que l’alinéa 3(6)a renferme implicitement un élément du critère des qualifications professionnelles réellement requises. [par. 65]

[22] Des préoccupations différentes sous-tendent le par. 3(5) et l’al. 3(6)a. Le législateur a traité

treated differently from limitations or preferences based on occupational qualification because they arose from different protective concerns. This Court recognized in *McKinney* that “[i]n Canada, mandatory retirement developed with the introduction of private and public pension plans” (p. 293). As such, when age emerged as a protected ground under human rights legislation and, later, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, there was widespread concern about its potential impact on legitimate pension plans.

[23] In *McKinney*, La Forest J. reviewed the Ontario debates leading to the enactment of s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, limiting protection from age discrimination in employment to people between the ages of 18 and 65. The words at second reading of the Hon. Bob Elgie, then Ontario Minister of Labour, are demonstrative of the concerns held by employees’ groups about the impact on pension plans of permitting age discrimination complaints:

... I can appreciate the views of those employees who fear that such a change might result in their delayed retirement and delayed benefits, especially for those older workers who wish to take advantage of what they have considered for years to be the normal age of retirement.

(Ontario Hansard, May 15, 1981, at p. 743)

This concern was voiced again at the Committee stage:

One cannot address this issue without thoughtful consideration of the real issues — the demographic issues, youth unemployment issues, pension benefits and the changes that may be suddenly thrown on people who had not planned it in that way. Those are things that have to be considered.

(Ontario Hansard, December 1, 1981, at p. 4097)

différemment les restrictions ou préférences fondées sur des qualifications professionnelles et les régimes de pension parce que le souci de protection n’était pas le même dans un cas et dans l’autre. Dans l’arrêt *McKinney*, la Cour a reconnu qu’« [a]u Canada, la retraite obligatoire a vu le jour avec l’adoption des régimes de retraite privés et publics » (p. 293). C’est pourquoi les répercussions possibles sur les régimes de pension légitimes de l’interdiction de la discrimination fondée sur l’âge faite par les lois sur les droits de la personne, puis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont suscité une grande inquiétude.

[23] Dans l’arrêt *McKinney*, le juge La Forest se penche sur les débats ayant précédé l’adoption de l’al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, de l’Ontario, suivant lequel la protection contre la discrimination fondée sur l’âge dans l’emploi ne vise que les personnes âgées de 18 à 65 ans. Les propos tenus en deuxième lecture par Bob Elgie, alors ministre du travail de la province, font ressortir les craintes des groupements d’employés quant aux répercussions qu’auraient pu avoir d’éventuelles plaintes de discrimination sur les régimes de pension :

[TRADUCTION] ... je peux comprendre l’opinion des employés qui craignent qu’un tel changement puisse les obliger à reporter le moment de leur retraite et à ne profiter de ses avantages que plus tard, surtout les travailleurs plus âgés qui veulent tirer profit de ce qu’ils ont considéré, pendant des années, comme l’âge normal de la retraite.

(Ontario Hansard, 15 mai 1981, p. 743)

Cette préoccupation a été exprimée de nouveau à l’étape de l’étude en comité :

[TRADUCTION] On ne peut aborder cette question sans examiner soigneusement les véritables problèmes qui se posent — les problèmes de démographie, les problèmes de chômage chez les jeunes, les prestations de retraite et les changements subits que pourraient connaître les personnes qui n’ont pas planifié leur retraite de cette façon. Ce sont des choses dont il faut tenir compte.

(Ontario Hansard, 1<sup>er</sup> décembre 1981, p. 4097)

La Forest J. noted that “[t]he Legislature’s concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans” (p. 302).

[24] What the legislature was seeking to do in enacting s. 3(6)(a) was to confirm the financial protection available to employees under a genuine pension plan, while at the same time ensuring that they were not arbitrarily deprived of their employment rights pursuant to a sham. In New Brunswick, the pension plan exemption in s. 3(6)(a) was introduced in 1973, at the same time that “age” was added as a prohibited ground of discrimination to s. 3(1) (*An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1973, c. 45, ss. 3(1) and 3(3)). This was the way the Province, in its human rights legislation, sought to address the concern that age discrimination claims might make benefits available under *bona fide* pension plans vulnerable to being destabilized unless protected by legislation.

[25] In fact, most Canadian jurisdictions expressly exempt pension plans from age discrimination claims and have different provisions for dealing with pension plans and for *bona fide* occupational requirements (*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 24(1)(b) and 25(2.1); *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 20 and 20.1; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, ss. 6(f)(i) and 6(g); *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 13(3) and 13(4); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, ss. 6(4), 11 and 14(1)(d); *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(4) and 16(7); *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, ss. 7(2) and 7(3); *Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, c. H-14, ss. 9(1) and 9(5); *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18, ss. 7(2) and 7(3); and *Human Rights Act*, S. Nu. 2003, c. 12, ss. 9(2) and 9(4)).

Le juge La Forest signale que « [l]es préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu’entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite » (p. 302).

[24] Avec l’adoption de l’al. 3(6)a), le législateur visait à confirmer la protection financière offerte aux employés par un régime de pension véritable, ainsi qu’à faire en sorte qu’ils ne soient pas arbitrairement privés de leurs droits en matière d’emploi par un régime factice. Au Nouveau-Brunswick, l’exception prévue à l’al. 3(6)a) à l’égard d’un régime de pension date de 1973, soit l’année où l’âge s’est ajouté aux motifs de discrimination illicite énumérés au par. 3(1) (*An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1973, ch. 45, par. 3(1) et (3)). C’est le moyen que la province a choisi, dans ses dispositions sur les droits de la personne, pour donner suite aux craintes que d’éventuelles allégations de discrimination fondée sur l’âge ne viennent compromettre le versement de prestations en vertu de régimes de pension effectifs si ceux-ci n’étaient pas protégés.

[25] En fait, la plupart des ressorts canadiens font expressément bénéficier les régimes de pension d’une exception à l’interdiction de la discrimination fondée sur l’âge, et leurs dispositions sur les régimes de pension diffèrent de celles touchant aux « exigences professionnelles justifiées » (*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, al. 24(1)b) et par. 25(2.1); *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 20 et 20.1; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, sous-al. 6f)(i) et al. 6g); *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, par. 13(3) et (4); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 6(4), art. 11 et al. 14(1)d); *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, par. 16(4) et (7); *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, ch. H-14, par. 7(2) et (3); *Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, ch. H-14, par. 9(1) et (5); *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, par. 7(2) et (3); *Loi sur les droits de la personne*, L. Nu. 2003, ch. 12, par. 9(2) et (4)).



[26] The fact that these statutes treat pension plans differently from *bona fide* occupational requirements is, to me, confirmation that these provisions are intended to perform different protective functions and are subject to different analytic frameworks.

[27] The French version of the statute, deemed by the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, s. 10, to be equally authoritative, also confirms the conclusion that “*bona fide*” means something different in s. 3(6)(a) than when used in s. 3(5) with the words “occupational qualification”. The equivalent of “*bona fide*” is expressed differently in s. 3(5) and in s. 3(6)(a). In s. 3(5), “*bona fide* occupational qualification” is “*qualifications professionnelles réellement requises*”. This accords with the underlying *Meiorin* principle, that the qualification must truly be *required* for the employment. In contrast, a “*bona fide* pension plan” in s. 3(6)(a) is a “*régime de pension effectif*”. “*Effectif*” means “*concret, positif, réel, tangible*” (*Le Nouveau Petit Robert* (2002), at p. 838). It does not mean “*required*”. Clearly the legislature intended different meanings to attach to each provision.

[28] If the words “*bona fide*” in s. 3(6)(a) are not used the same way as in s. 3(5) and do not, as a result, attract a *Meiorin* analysis, what do they mean in relation to a pension plan?

[29] I agree with Robertson J.A. that the words *bona fide* do not import the “reasonableness” analysis from *Zurich*. *Zurich* involved a complaint about motor vehicle insurance premiums. At issue was an interpretation of s. 21 of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, which provided:

The right under sections 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or a life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on

[26] Le fait que ces lois régissent différemment les régimes de pension et les exigences professionnelles confirme selon moi que la protection recherchée et le cadre d’analyse applicable diffèrent dans l’un et l’autre cas.

[27] En l’espèce, la version française de la Loi, qui a la même valeur juridique que la version anglaise suivant la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 10, confirme aussi qu’à l’al. 3(6)a), le terme « *bona fide* » n’a pas la même signification qu’au par. 3(5), où il précède les mots « *occupational qualification* ». Le terme n’est pas rendu de la même façon dans les deux dispositions. Le paragraphe 3(5) le rend par « *réellement requises* », ce qui concorde avec le principe dégagé dans l’arrêt *Meiorin*, à savoir que la qualification doit être véritablement *requise* pour l’exercice de l’emploi. Par contre, à l’al. 3(6)a), il est rendu par « *effectif* », ce qui signifie « *concret, positif, réel, tangible* » (*Le Nouveau Petit Robert* (2002), p. 838), et non par « *requis* ». Le législateur a clairement voulu que le qualificatif ait un sens différent dans les deux dispositions.

[28] Si, à l’al. 3(6)a), le terme n’est pas employé dans le même sens qu’au par. 3(5), de sorte que le critère de l’arrêt *Meiorin* ne s’applique pas, quel sens a-t-il lorsqu’il qualifie un régime de pension?

[29] Je me range à l’avis du juge Robertson selon lequel le terme « *bona fide* » n’englobe pas la notion de « *raisonnabilité* » comme dans l’affaire *Zurich*, où des primes d’assurance automobile étaient contestées. Il s’agissait dans cette affaire d’interpréter l’art. 21 du *Code des droits de la personne (1981)*, de l’Ontario, dont voici le texte :

Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu aux articles 1 et 3, à un traitement égal en matière de services et de contrats à conditions égales sans discrimination fondée sur l’âge, le sexe, l’état matrimonial, l’état familial ou un handicap le fait qu’un contrat d’assurance automobile, d’assurance-vie, d’assurance-accident, d’assurance-maladie ou d’assurance-invalidité, qu’un contrat d’assurance-groupe entre un assureur et une association ou une personne autre qu’un employeur, ou

reasonable and *bona fide* grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap.

[30] Sopinka J., writing for the majority, concluded that an evaluation of an insurance contract under the Ontario legislation entailed the following two-part analysis:

In my opinion, a discriminatory practice is “reasonable” within the meaning of s. 21 of the Code if (a) it is based on a sound and accepted insurance practice; and (b) there is no practical alternative. Under (a), a practice is sound if it is one which it is desirable to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk. Under (b), the availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case.

In order to meet the test of “bona fides”, the practice must be one that was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code. [Emphasis added; pp. 342-43.]

[31] Unlike s. 3(6)(a), the Ontario legislation speaks of a distinction based “on reasonable and *bona fide* grounds” (s. 21). Section 3(6)(a) of New Brunswick’s Code speaks only of *bona fides*. I return to McLachlin J.’s admonition in *Meiorin* that “in the absence of a constitutional challenge, this Court must interpret [human rights statutes] according to their terms” (para. 43). Since s. 3(6)(a) does not use the word “reasonable”, it need not be imported.

[32] I agree with Robertson J.A. too that the *bona fides* test is one with both subjective and objective components. The subjective requirements of “*bona fides*” are not difficult to define — they relate to motives and intentions. It is more difficult to explain what makes a pension plan, objectively, *bona fide*. In my view, a number of sources direct

qu’une rente viagère, établis des distinctions entre des personnes, les exclut ou leur accorde la préférence pour des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi et fondés sur l’âge, le sexe, l’état matrimonial, l’état familial ou un handicap.

[30] Dans l’arrêt *Zurich*, le juge Sopinka conclut au nom des juges majoritaires que l’analyse d’un contrat d’assurance au regard des dispositions ontariennes comporte les deux étapes suivantes :

À mon avis, une pratique discriminatoire est « raisonnable » au sens de l’art. 21 du Code, a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances; et b) s’il n’existe pas d’autre solution pratique. Dans le premier cas, une pratique est solidement fondée si l’on estime souhaitable de l’adopter pour atteindre l’objectif commercial légitime d’imposer des primes proportionnelles au risque. Dans le deuxième cas, l’existence d’une autre solution pratique est une question de fait qu’il faut trancher en tenant compte de tous les faits de l’affaire.

Afin de satisfaire au critère de la « bonne foi » [bona fides, en anglais], la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d’une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code. [Je souligne; p. 342-343.]

[31] Contrairement à l’al. 3(6)(a) du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, où seul « *bona fide* » est employé, la disposition ontarienne renvoie à une distinction fondée sur « des motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi [*bona fide*, en anglais] » (art. 21). Je rappelle la mise en garde de la juge McLachlin dans l’arrêt *Meiorin*, à savoir qu’« en l’absence de contestation fondée sur la Constitution, notre Cour doit [. . .] interpréter [les lois relatives aux droits de la personne] en fonction de leur libellé » (par. 43). Le mot « raisonnable » n’étant pas employé à l’al. 3(6)(a), il n’y a pas lieu d’y intégrer la notion correspondante.

[32] Je conviens également avec le juge Robertson que le critère de la « bonne foi » comporte un élément subjectif et un élément objectif. Le volet subjectif — lié aux motifs et aux intentions — se conçoit sans peine. Il est cependant plus difficile d’appliquer le volet objectif à un régime de pension. À mon avis, un certain nombre de sources

us to a relatively basic conclusion: a *bona fide* plan is a legitimate or genuine one.

[33] Section 3(6)(a), notably, states that the age discrimination provisions do not apply to the terms or conditions of any “*bona fide* pension plan”. The placement of the words “*bona fide*”, it seems to me, is significant. What this immunizes from claims of age discrimination is a legitimate pension plan, including its terms and conditions, like mandatory retirement. It is the plan itself that is evaluated, not the actuarial details or mechanics of the terms and conditions of the plan. The piecemeal examination of particular terms is, it seems to me, exactly what the legislature intended to avoid by explicitly separating pension plan assessments from occupational qualifications or requirements. This is not to say that the *bona fides* of a plan cannot be assessed in relation to terms which, by their nature, raise questions about the plan’s legitimacy. But the inquiry is into the overall *bona fides* of the plan, not of its constituent components.

[34] *Black’s Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 186, defined “*bona fide*” as follows:

1. Made in good faith; without fraud or deceit. 2. Sincere, genuine.

[35] This Court’s explanation of “*bona fides*” in *Zurich* is also helpful: “was [the plan] adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code” (p. 343).

[36] There are helpful benchmarks in other legislation dealing with pension benefits. In New Brunswick, pensions are governed by the *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1. In that Act, “pension plan” is defined in s. 1:

“pension plan” means a plan to provide pensions for members of the plan under which the employer or employers of the members are required to make contributions, but does not include

permettent de tirer une conclusion relativement élémentaire : un régime effectif (*bona fide*, en anglais) est un régime légitime ou véritable.

[33] L’alinéa 3(6)a prévoit, tout particulièrement, que les dispositions interdisant la discrimination fondée sur l’âge ne s’appliquent pas aux modalités ou conditions d’un « régime de pension effectif ». L’emplacement du mot « effectif » est selon moi important. C’est le régime de pension légitime, y compris ses modalités et conditions, telle la retraite obligatoire, qui bénéficie de l’exception. L’examen doit porter sur le régime lui-même, et non sur le fondement actuariel de ses modalités et conditions. Il me semble qu’en cloisonnant explicitement la qualification d’un régime de pension et celle d’une exigence professionnelle, le législateur a précisément voulu éviter que l’on considère isolément certaines modalités. Ce n’est pas que l’on ne puisse évaluer le caractère effectif d’un régime en fonction de modalités qui soulèvent intrinsèquement des doutes quant à sa légitimité, mais l’examen doit porter sur le régime dans son ensemble, et non sur ses composantes.

[34] Voici comment le *Black’s Law Dictionary* (8<sup>e</sup> éd. 2004), p. 186, définit le terme « *bona fide* » :

[TRADUCTION] 1. Fait de bonne foi; sans fraude ni tromperie. 2. Sincère, authentique.

[35] L’explication de la notion par notre Cour dans l’arrêt *Zurich* est également pertinente : la question est de savoir si le régime a été adopté « honnêtement, d’une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code » (p. 343).

[36] D’autres lois sur les prestations de retraite offrent des repères utiles. Au Nouveau-Brunswick, les pensions sont régies par la *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, dont l’art. 1 définit comme suit un « régime de pension » :

« régime de pension » désigne un régime qui assure des pensions aux participants au régime auquel l’employeur ou les employeurs des participants sont tenus de cotiser, mais ne s’entend pas

(a) an employees' profit sharing plan or a deferred profit sharing plan as defined in sections 144 and 147 of the *Income Tax Act* (Canada),

(a.1) a registered retirement savings plan as defined in subsection 146(1) of the *Income Tax Act* (Canada),

(b) a plan to provide a retiring allowance as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act* (Canada), or

(c) any other prescribed arrangement;

“Pension” is defined as “a pension benefit that is being paid”, and “pension benefit” means:

... the aggregate monthly, annual, or other periodic amounts payable, other than ancillary benefits, to a member or former member of a pension plan during the lifetime of the member or former member, to which the member or former member will become entitled under the pension plan upon attainment of the normal retirement date, within ten years before that date or at any time after that date;

Pension plans must be registered under the Act (s. 7). Section 10 sets out the requisite documents for the creation of a pension plan and the information they must contain. If at any time the plan ceases to be in compliance with the Act, the Superintendent can revoke the registration of the plan (s. 13(1)).

[37] While, pursuant to s. 13(2), registration of a pension plan under the Act “shall not be construed as proof that the plan or the amendment complies with this Act and the regulations”, it seems to me that at least one helpful indication of the *bona fides* of a pension plan is, as Robertson J.A. noted, whether it has been registered under this Act.

[38] New Brunswick also has a *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26, which applies to employees in the public service. Section 26 of that Act concerns the ability of an employee to transfer pensionable service credits under a separate plan to the plan administered under the Act.

a) d'un régime de participation aux bénéfices ou d'un régime différé de participation aux bénéfices des salariés au sens des articles 144 et 147 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada),

a.1) d'un régime enregistré d'épargne-retraite au sens du paragraphe 146(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada),

b) d'un régime assurant une allocation de retraite au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada), ou

c) de tout autre arrangement prescrit;

La « pension » s'entend de la « prestation de pension qui est actuellement payée » et « prestation de pension » désigne

... le montant total mensuel, annuel ou d'autres montants périodiques, autres que les prestations accessoires, payables à un participant ou un ancien participant à un régime de pension durant la vie du participant ou de l'ancien participant auxquels l'un ou l'autre aura droit en vertu du régime de pension lorsqu'il aura atteint la date normale de la retraite, ou dans les dix ans avant cette date, ou encore, à tout moment après cette date;

L'article 7 dispose que le régime de pension doit être enregistré. L'article 10 énumère les documents nécessaires à la création d'un régime de pension, ainsi que les renseignements qu'ils doivent renfermer. En cas d'inobservation des prescriptions de la loi, le surintendant peut révoquer l'enregistrement du régime (par. 13(1)).

[37] Même si le par. 13(2) précise que l'enregistrement d'un régime de pension en application de la loi « ne doit pas s'interpréter comme une preuve de conformité du régime ou de la modification à la présente loi et aux règlements », il me semble que l'enregistrement milite à tout le moins, comme l'a relevé le juge Robertson, en faveur du caractère effectif du régime en question.

[38] Le Nouveau-Brunswick s'est par ailleurs doté de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-26, qui s'applique aux employés de la fonction publique. L'article 26 de cette loi porte sur la faculté qu'a un employé de transférer dans le régime relevant de cette loi le

A “*bona fide* pension plan” is defined for the purposes of that section as:

“*bona fide* pension plan” means any pension plan established for employees to which contributions were made, on a regular basis, by the employees and the employer principally for the purpose of providing a pension to the employees upon retirement;

[39] Pension plans may also be registered under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). As a condition of registration, the “primary purpose” of pension plans must be “to provide periodic payments to individuals after retirement and until death in respect of their service as employees” (*Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, s. 8502(a)).

[40] In the income tax context, the courts have had to determine whether a pension plan is *bona fide* or merely set up as a “sham” for the purpose of achieving a tax advantage. For example, in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408, Gibson J. found that the company’s pension plan was a masquerade, and that the parties and the trustee of the plan “never intended that it be a document that the parties would act upon” (p. 418). He relied on *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), where Lord Diplock said:

As regards the contention of the plaintiff that the transactions between himself, Auto-Finance, Ltd. and the defendants were a “sham”, it is, I think, necessary to consider what, if any, legal concept is involved in the use of this popular and pejorative word. I apprehend that, if it has any meaning in law, it means acts done or documents executed by the parties to the “sham” which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create. [p. 528]

[41] In my view, for a pension plan to be found to be “*bona fide*” within the meaning of s. 3(6)(a), it must be a legitimate plan, adopted in good faith and not for the purpose of defeating protected rights.

service ouvrant droit à pension porté à son crédit dans un autre régime. Pour l’application de cette disposition, un « régime de pensions véritable » (*bona fide*, en anglais) est défini comme suit :

« régime de pensions véritable » désigne tout régime de pension établi pour les employés, et régulièrement alimenté par les cotisations des employés et de l’employeur, principalement aux fins d’assurer une pension aux employés au moment de leur retraite.

[39] La *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), prévoit elle aussi l’agrément des régimes de pension. Pour y être admissible, un régime doit avoir pour « principal objet » de « prévoir le versement périodique de montants à des particuliers, après leur retraite et jusqu’à leur décès, pour les services qu’ils ont accomplis à titre d’employés » (*Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, al. 8502a)).

[40] Dans le contexte fiscal, les tribunaux ont dû déterminer si un régime de pension était véritable ou s’il s’agissait d’un « trompe-l’œil » visant seulement l’obtention d’un avantage fiscal. Dans *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l’É. 408, le juge Gibson a conclu que le régime de pension de l’entreprise était un simulacre et que ni les parties ni le fiduciaire du régime [TRADUCTION] « n’avaient voulu être liés par le document » (p. 418). Il a invoqué à l’appui la décision *Snook c. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), où lord Diplock a dit :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la prétention du demandeur selon laquelle les opérations intervenues entre Auto-Finance, Ltd., les défenderesses et lui sont un « trompe-l’œil », j’estime nécessaire de déterminer quel concept juridique, s’il en est, met en jeu l’emploi de ce terme. Je crois que, s’il a un sens en droit, il désigne des actes accomplis ou des documents signés par les parties au « trompe-l’œil » dans l’intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu’ils créent vis-à-vis des parties d’autres droits et obligations que ceux qui existent réellement (s’il en est). [p. 528]

[41] À mon avis, pour qu’un régime soit effectif au sens de l’al. 3(6)(a), il doit s’agir d’un régime légitime, adopté de bonne foi et ne visant pas à porter atteinte à des droits protégés.

[42] Pension plans today are complicated and have, in many ways, evolved from the structures and options available in 1973 when s. 3(6)(a) was enacted. But this does not change the purpose of what was meant to be generic protection for all legitimate pension plans. Unless there is evidence that the plan as a whole is not legitimate, therefore, it will be immune from the conclusion that a particular provision compelling retirement at a certain age constitutes age discrimination.

[43] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Deschamps and Charron JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

#### 1. Overview

[44] The issue on this appeal is the interpretation of s. 3(6)(a) of the New Brunswick *Human Rights Code*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, and in particular what is meant by the phrase “the termination of employment . . . because of the terms or conditions of any *bona fide* . . . pension plan”. This clause has the effect of carving out an exemption from the guarantee of the Code against discrimination on the basis of age. The question before us concerns the scope of that exemption.

[45] The majority reasons hold that a *bona fide* pension plan is any defined, registered plan that at the time of adoption was not “a sham” (para. 24). Provided that the plan was adopted in good faith and not for the purpose of subverting employee rights, it exempts the employer from the obligation not to discriminate on the basis of age, even if the mandatory retirement imposed by the plan proves to be harsh, unreasonable or unnecessary to the successful operation of the plan.

[46] I respectfully disagree. In my view, the term “*bona fide*” in s. 3(6)(a) of the Code means not only

[42] De nos jours, les régimes de pension sont complexes et, à bien des égards, ils se démarquent des structures et des options qui les caractérisaient lors de l’adoption de l’al. 3(6)a en 1973. Toutefois, l’objet de ce qui se veut une protection générale pour tout régime de pension légitime demeure le même. Par conséquent, sauf preuve d’illégitimité du régime dans son ensemble, une disposition obligeant l’employé à prendre sa retraite à un âge donné ne pourra être assimilée à une mesure de discrimination fondée sur l’âge.

[43] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps et Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF —

#### 1. Aperçu

[44] Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de l’al. 3(6)a du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, et, plus particulièrement, sur ce qu’il faut entendre par « la cessation d’emploi [. . .] en raison des modalités ou conditions d’un régime [. . .] de pension effectif ». Cette disposition établit une exception à la protection contre la discrimination fondée sur l’âge que prévoit par ailleurs le Code. Il nous faut déterminer la portée de cette exception.

[45] Selon les juges majoritaires, est effectif (*bona fide*, en anglais) le régime de pension agréé défini qui n’est pas « factice » au moment de son adoption (par. 24). L’employeur qui l’adopte de bonne foi, et non dans le but de porter atteinte aux droits des employés, échappe à l’interdiction de discrimination fondée sur l’âge, même s’il appert que la retraite obligatoire imposée par le régime est une mesure draconienne ou déraisonnable ou qu’elle n’est pas nécessaire au bon fonctionnement du régime.

[46] Je ne puis me ranger à cet avis. Selon moi, l’emploi du mot « effectif » (*bona fide*, en anglais)

that the pension plan must not be a sham, but that limits on employee rights conferred by the Code must be justifiable in the sense of being reasonably required having regard to the operation and sustainability of the plan.

[47] This reading of the Code, I will argue, is consistent with the principles of statutory construction, the purpose of the provision and the words chosen by the legislature. It preserves the employee's right to be free of discrimination, unless the operation of the plan requires otherwise. At the same time, it permits employers to effectively administer pension plans; the employee may be terminated if continuing the employment would adversely affect the plan.

[48] The task before the Court is one of statutory interpretation. The provision is not clear on its face, as the debates that have marked the history of this case prove. This requires the Court to engage in an interpretative inquiry based on the words and the purpose of the statute. That analysis leads me to conclude that a pension plan is exempt from the rights provisions of the Code if:

- (1) the mandatory retirement provisions of the pension plan were adopted for a purpose rationally connected to the operation and sustainability of the plan;
- (2) the mandatory retirement provisions were adopted in good faith and not as a sham to circumvent employee rights; and
- (3) the mandatory retirement provisions are reasonably necessary having regard to the operation and sustainability of the plan.

## 2. Analysis

### 2.1 *Section 3(6) — An Overview of How It Operates*

[49] The New Brunswick *Human Rights Code* prohibits terminating an employee's employment

à l'al. 3(6)a) du Code fait en sorte non seulement qu'il ne doit pas s'agir d'un régime factice, mais aussi que toute restriction des droits des employés protégés par le Code doit être justifiable, c'est-à-dire qu'elle doit être raisonnablement nécessaire au fonctionnement du régime et à sa viabilité.

[47] Comme je l'expliquerai, cette interprétation du Code est conforme aux principes d'interprétation législative et elle respecte l'objet de la disposition et sa formulation par le législateur. Elle fait en sorte qu'un employé ne puisse faire l'objet d'une mesure discriminatoire que si le fonctionnement du régime l'exige. En même temps, elle permet à l'employeur d'administrer efficacement le régime de pension; l'employeur peut mettre fin à l'emploi lorsque le maintien dans les fonctions compromettrait le régime.

[48] La Cour est appelée en l'espèce à interpréter des dispositions législatives. Comme l'attestent les débats qui ont eu lieu depuis que l'affaire a pris naissance, la disposition en cause n'est pas claire d'emblée. La Cour doit donc l'interpréter en tenant compte de son libellé et de son objet. J'arrive à la conclusion que les dispositions du Code interdisant la discrimination ne s'appliquent pas au régime de pension dont les règles relatives à la retraite obligatoire :

- (1) ont été adoptées dans un but ayant un lien rationnel avec son fonctionnement et sa viabilité;
- (2) ont été adoptées de bonne foi et ne visent pas à neutraliser les droits des employés;
- (3) sont raisonnablement nécessaires au fonctionnement du régime et à sa viabilité.

## 2. Analyse

### 2.1 *Le paragraphe 3(6) — Un aperçu de son application*

[49] Le *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick interdit la cessation d'emploi fondée

on the basis of age. Section 3(1) provides that “[n]o employer . . . shall . . . refuse to . . . continue to employ any person . . . because of . . . age”. Terminating employment on the basis of age constitutes *prima facie* discrimination under the Code. As determined in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (“*O’Malley*”), at p. 558, “A *prima facie* case . . . is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer.” This is the starting point of the analysis.

[50] Having established that terminating an employee on the basis of age constitutes *prima facie* discrimination, the Code goes on to provide limitations on the right not to be discriminated against on the basis of the listed grounds, including age.

[51] Section 3(5) provides that a right may be limited by a “*bona fide* occupational qualification”. A *bona fide* occupational qualification refers to a limit on an employee’s rights that may be permitted having regard to the context or activity at issue in the workplace. I agree with the majority (at para. 12) that this section can be used to justify age-related limitations on employment terms, by showing that the policy is: (1) adopted for a purpose rationally connected to job performance; (2) adopted in good faith that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and (3) reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”).

[52] This brings us to the second limitation and the one at the heart of this case: s. 3(6)(a). It focuses specifically on pension plans and provides:

3(6) The provisions of subsections (1), (2), (3) and (4) as to age do not apply to

(a) the termination of employment . . . because of the terms or conditions of any *bona fide* retirement or pension plan;

sur l’âge. Le paragraphe 3(1) dispose qu’« [a]ucun employeur [. . .] ne doit [. . .] refuser [. . .] de continuer d’employer une personne [. . .] en raison [. . .] de son âge ». La rupture du lien d’emploi en raison de l’âge établit à première vue la discrimination en ce qu’elle constitue une « preuve suffisante jusqu’à preuve contraire [. . .] qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’employeur intimé » (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« *O’Malley* »), p. 558). C’est le point de départ de l’analyse.

[50] Ainsi, le Code dispose que la rupture du lien d’emploi en raison de l’âge constitue une discrimination à première vue, mais elle prévoit des exceptions à l’interdiction de la discrimination fondée sur l’un des motifs énumérés, dont l’âge.

[51] Le paragraphe 3(5) autorise la restriction fondée sur des « qualifications professionnelles réellement requises [*bona fide occupational qualification*, en anglais] », c’est-à-dire que la limitation d’un droit de l’employé peut être autorisée en raison du contexte ou de l’activité en cause dans le lieu de travail. Je conviens avec la majorité (au par. 12) que cette disposition peut permettre à l’employeur de justifier une restriction fondée sur l’âge en démontrant (1) qu’il l’a adoptée dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause, (2) qu’il l’a adoptée en croyant de bonne foi qu’elle était nécessaire pour atteindre cet objectif légitime lié au travail et (3) qu’elle est raisonnablement nécessaire à la réalisation de ce même objectif légitime lié au travail : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »).

[52] Énoncée à l’al. 3(6)a), la seconde exception est au cœur du présent litige et vise expressément les régimes de pension. En voici le texte :

3(6) Les dispositions des paragraphes (1), (2), (3) et (4) quant à l’âge ne s’étendent pas

a) à la cessation d’emploi [. . .] en raison des modalités ou conditions d’un régime de retraite ou de pension effectif [*bona fide*, en anglais]; . . .



The question is what is meant by “the terms or conditions of any *bona fide* . . . pension plan”.

[53] I agree with the majority (at para. 13) that a different framework is envisioned by s. 3(6)(a), which applies specifically to termination under pension plans. As the majority argues, this case cannot be resolved simply by applying the *Meiorin* template. Nevertheless, the exemptions under ss. 3(5) and 3(6)(a) are part of the same statute and may be expected to reflect similar concerns. This may assist in the resolution of ambiguities that arise in applying s. 3(6)(a).

## 2.2 *The Positions of the Parties*

[54] The employer argues that s. 3(6)(a) imposes on the employer the burden of showing that the pension plan was adopted without improper motive (judged subjectively) and conforms to usual business practices (judged objectively). The majority in this Court adopts a modified version of this test, which requires the employer to show only that the pension plan (1) was not adopted as a sham to circumvent employee rights, and (2) is registered under pension benefits legislation and meets the definition of a plan under pension legislation. The statute only says registration is not proof of compliance.

[55] The Human Rights Commission, on the other hand, takes the position that the mandatory retirement policy must have been adopted in good faith for a purpose rationally connected to the pension plan's operation or integrity, and that in addition the employer must show that it would be impossible to accommodate individual employees without imposing undue hardship on the employer or the plan. This is an individualized approach, requiring assessment of each employee's particular situation, in order to decide whether accommodating that particular employee would be possible.

[56] I adopt a position between that of the employer and that of the Human Rights Commission. I agree with the employer that the mandatory retirement

La question est de savoir ce qu'il faut entendre par « modalités ou conditions d'un régime [. . .] de pension effectif » (*bona fide*, en anglais).

[53] Je conviens avec les juges majoritaires (au par. 13) que l'al. 3(6)a établit un cadre différent en ce qu'il régit expressément la cessation d'emploi prévue par un régime de pension et qu'on ne saurait trancher en l'espèce en recourant simplement à la grille d'analyse appliquée dans l'arrêt *Meiorin*. Or, les exceptions prévues au par. 3(5) et à l'al. 3(6)a font partie du même texte de loi et il est permis de penser que des préoccupations similaires les sous-tendent. Cette considération peut contribuer à lever les ambiguïtés de l'application de l'al. 3(6)a.

## 2.2 *Les thèses en présence*

[54] Selon l'employeur, l'al. 3(6)a l'oblige à démontrer que le régime de pension n'a pas été adopté pour un motif illégitime (appréciation subjective) et qu'il est conforme aux pratiques commerciales courantes (appréciation objective). Les juges majoritaires de notre Cour lui donnent raison en partie : l'employeur n'a qu'à prouver que le régime de pension (1) n'a pas été créé pour neutraliser les droits de l'employé et (2) qu'il est enregistré conformément aux dispositions sur les régimes de pension et qu'il constitue un régime au sens de ces dispositions. La loi dit uniquement que l'enregistrement ne constitue pas une preuve de conformité.

[55] La Commission des droits de la personne soutient pour sa part que la politique sur la retraite obligatoire doit avoir été adoptée de bonne foi dans un but ayant un lien rationnel avec le fonctionnement ou l'intégrité du régime et qu'il doit en outre être démontré qu'il serait impossible de composer avec les employés individuellement sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive pour l'employeur ou le régime. Il s'agit d'une approche individualisée où la situation de chaque employé est évaluée pour déterminer si un accommodement est possible dans ce cas précis.

[56] Ma position se situe à mi-chemin entre celle de l'employeur et celle de la Commission des droits de la personne. Je conviens avec l'employeur que les

provisions of the plan must have been passed in good faith and not constitute a sham. However, I cannot agree with the “usual business practice” requirement proposed by the employer as the second element of the test, nor with the minimal legitimacy requirement proposed by the majority. At the same time, I would reject the Human Rights Commission’s individualized approach. In my view, the focus under s. 3(6)(a) is on the pension plan. The issue is whether the mandatory retirement provisions of the plan are connected to its goals and are reasonably necessary for the operation and sustainability of the plan.

[57] In my view, a test that requires the employer to show that the mandatory retirement provisions of the pension plan were adopted for a purpose rationally connected to the plan and are reasonably necessary having regard to its operation and sustainability, best reflects the legislature’s intent, based on the wording of s. 3(6)(a) and the applicable principles of statutory construction.

### 2.3 Principles of Statutory Construction

[58] The starting point of statutory construction is the words of the statute. If they are clear, that is the end of the matter. Here, they are not clear. All the approaches canvassed before us require the Court to add to the words of s. 3(6)(a). All start from the premise that the term “*bona fide*” is ambiguous. We should be frank on this; there is simply no single clear way in which the section *must* be read. Insofar as the majority suggests that it is simply reading the section as it is written, I respectfully beg to differ. The test it proposes — the “no sham” test — is nowhere to be found in the words of s. 3(6)(a). The question remains: What did the legislature intend by the words “termination of employment . . . because of the terms or conditions of any *bona fide* . . . pension plan”?

[59] Confronted with a phrase that can be interpreted in more than one way, we must turn to the principles of statutory interpretation. These require us to consider the words of the provision, read as a whole, “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously

dispositions du régime relatives à la retraite obligatoire doivent avoir été adoptées de bonne foi et que le régime ne doit pas être factice. Toutefois, je ne puis retenir l’exigence des « pratiques commerciales courantes » qu’il propose comme deuxième volet du critère applicable, non plus que le critère minimal de la légitimité proposé par la majorité. J’écarte également l’approche individualisée préconisée par la Commission. Selon moi, l’al. 3(6)a porte essentiellement sur le régime de pension. Il faut déterminer si les dispositions sur la retraite obligatoire ont un lien avec ses objectifs et si elles sont raisonnablement nécessaires à son fonctionnement et à sa viabilité.

[57] Vu le libellé de l’al. 3(6)a et les principes d’interprétation législative applicables, un critère exigeant de l’employeur qu’il démontre que les dispositions sur la retraite obligatoire ont été adoptées dans un but rationnellement lié au régime de pension et qu’elles sont raisonnablement nécessaires au fonctionnement et à la viabilité de celui-ci traduit le mieux l’intention du législateur.

### 2.3 Les principes d’interprétation législative

[58] L’interprétation d’une loi s’entend par l’examen de son libellé, et lorsque celui-ci est clair, la démarche prend fin. Or, en l’espèce, le libellé n’est pas clair. Toutes les interprétations avancées requièrent l’ajout de mots à l’al. 3(6)a. Tout découle de l’ambiguïté du terme « *bona fide* » employé en anglais. Nous devrions admettre qu’aucune interprétation ne s’impose clairement. Je ne partage pas l’avis des juges majoritaires lorsqu’ils disent simplement interpréter le texte de la disposition. Le libellé de l’al. 3(6)a ne permet aucunement de dégager le critère qu’ils mettent de l’avant, à savoir la non-facticité du régime. La question demeure : que faut-il entendre par « cessation d’emploi [. . .] en raison des modalités ou conditions d’un régime [. . .] de pension effectif (« *bona fide* », en anglais) ?

[59] Lorsqu’une disposition se prête à plus d’une interprétation, il faut s’en remettre aux principes d’interprétation législative, qui commandent l’examen du texte de la disposition, considéré dans son ensemble, [TRADUCTION] « dans son contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical

with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

#### 2.4 Section 3(6)(a) in Context: A Purposive Perspective

[60] The overall purpose of s. 3 of the New Brunswick *Human Rights Code* is to curtail discriminatory practices, in this case, discrimination on the basis of age. This is the dominant purpose of the legislation. The limitations that come after are just that — limitations to further the goal of preventing discrimination while permitting sufficient flexibility to ensure fairness and the achievement of employer goals in the workplace. They should be construed accordingly.

[61] The general purpose of the limitation found in s. 3(6)(a), following this logic, is to permit the adjustments that may be necessary to allow pension plans to function properly. It follows that an interpretation should be adopted that permits pension plans to operate in a sustainable fashion, but that an interpretation that overshoots this purpose should be avoided.

[62] The employer suggests that the limitation in s. 3(6)(a) was the result of a trade-off between the legislative goal of ending age discrimination and the concern of employers and unions to ensure that this goal would not harm pension plans. I accept this as a plausible description of the purpose of s. 3(6)(a). As the majority puts it (at para. 24), “[w]hat the legislature was seeking to do in enacting s. 3(6)(a) was to confirm the financial protection available to employees under a genuine pension plan, while at the same time ensuring that they were not arbitrarily deprived of their employment rights . . .”. I agree with this statement, while disagreeing with the qualifier the majority tacks on, “pursuant to a sham”.

[63] I conclude that ss. 3(1) and 3(6)(a), read together, should be read as promoting the dual purposes of: (1) protecting employees under pension plans from being arbitrarily deprived of the right to

qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87.

#### 2.4 L’alinéa 3(6)a en contexte : perspective téléologique

[60] L’article 3 du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick vise globalement à enrayer les pratiques discriminatoires, notamment celles fondées sur l’âge, comme la mesure visée en l’espèce. C’est l’objet prédominant du texte législatif. Les exceptions prévues s’inscrivent simplement dans la réalisation de cet objectif de prévention tout en assurant la souplesse nécessaire à l’équité et à la réalisation des objectifs de l’employeur dans le lieu de travail. C’est dans cette optique qu’elles devraient être interprétées.

[61] Aussi, l’exception prévue à l’al. 3(6)a vise généralement à permettre les ajustements nécessaires au bon fonctionnement d’un régime de pension. Il s’ensuit que l’interprétation retenue doit pouvoir permettre un fonctionnement viable, sans plus.

[62] L’employeur avance que l’exception prévue à l’al. 3(6)a est issue d’un compromis entre l’objectif législatif de mettre fin à la discrimination fondée sur l’âge et le souci des employeurs et des syndicats de faire en sorte que cet objectif ne nuise pas aux régimes de pension. Je reconnais qu’il est plausible que tel soit l’objet de la disposition. Comme l’indiquent les juges majoritaires (au par. 24), « [a]vec l’adoption de l’al. 3(6)a, le législateur visait à confirmer la protection financière offerte aux employés par un régime de pension véritable, ainsi qu’à faire en sorte qu’ils ne soient pas arbitrairement privés de leurs droits en matière d’emploi . . . ». Jusque-là, je suis d’accord avec eux, mais je cesse de l’être lorsqu’ils ajoutent « par un régime factice ».

[63] J’arrive à la conclusion que l’interprétation du par. 3(1) et de l’al. 3(6)a, considérés de pair, permet de dégager un double objectif : (1) empêcher la discrimination fondée sur l’âge de

work by age discrimination; and (2) protecting the financial security of employees by permitting pension plans to operate on a sustainable basis. Section 3(6)(a) is directed at resolving friction between these two goals when conflicts arise.

[64] This said, and as discussed more fully below, the law accepts that the dominant purpose of human rights legislation is to protect the rights of individuals facing discriminatory practices. The law recognizes that these rights are not absolute, and must sometimes give way to conflicting considerations — considerations which, however, must always be justified.

## 2.5 *The Human Rights Context*

[65] Special rules of construction apply to human rights statutes. The protections they offer are viewed not merely as statutory, but as quasi-constitutional. From this follows the principle that human rights legislation must be given a broad, purposive and liberal interpretation. In *O'Malley*, this Court said:

It is not . . . a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. [pp. 546-47]

[66] It follows that the protections conferred by human rights legislation should be interpreted broadly and that the exceptions to the prohibition against discrimination are to be construed narrowly: *Meiorin*, at para. 50; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 376.

priver arbitrairement de leur droit de travailler les employés bénéficiant d'un régime de pension et (2) garantir la sécurité financière des employés en permettant le fonctionnement viable des régimes de pension. L'alinéa 3(6)a vise à résoudre les conflits éventuels entre ces deux objectifs.

[64] Cela dit, il est reconnu en droit — et j'y reviendrai plus en détail — que l'objet prédominant des dispositions sur les droits de la personne est la protection des droits individuels contre les pratiques discriminatoires. Il est établi que ces droits ne sont pas absolus et qu'ils doivent parfois céder le pas à des considérations opposées, lesquelles doivent cependant toujours être justifiées.

## 2.5 *Le contexte des droits de la personne*

[65] Des règles particulières s'appliquent à l'interprétation des lois sur les droits de la personne. Les garanties offertes par celles-ci ne sont pas seulement législatives, mais quasi constitutionnelles, de sorte qu'elles commandent une interprétation téléologique, large et libérale. Voici ce que notre Cour a indiqué dans l'arrêt *O'Malley* :

Ce n'est pas [ . . . ] une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. [p. 546-547]

[66] Par conséquent, les garanties contre la discrimination que prévoient les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées largement, tandis que les exceptions à l'application de ces garanties doivent l'être de façon stricte : *Meiorin*, par. 50; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 307; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 376.

[67] It also follows that in interpreting human rights statutes a strict grammatical analysis may be subordinated to the remedial purposes of the law. Thus, this Court “has repeatedly stressed that it is inappropriate to rely solely on a strictly grammatical analysis, particularly with respect to the interpretation of legislation which is constitutional or quasi-constitutional in nature”: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27 (“*Quebec v. Montréal*”), at para. 30 (citing *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, and *O’Malley*).

[68] It is also established that in interpreting human rights legislation, courts should strive for an interpretation that is consistent with the interpretation accorded to similar human rights provisions in other jurisdictions. Different jurisdictions may phrase the protections and their limitations in different ways. Nevertheless, they should be interpreted consistently unless the legislature’s intent is clearly otherwise: *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 373. This principle, *inter alia*, supported the conclusion in *Meiorin* that B.C.’s *Human Rights Code*, although it made no reference to direct and adverse impact discrimination, should be interpreted as addressing both together, since doing so was consistent with other Canadian human rights codes (paras. 46 and 52).

[69] Finally, when the meaning of a provision in a human rights statute is open to more than one interpretation, as here, it must be interpreted in a manner consistent with the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Quebec v. Montréal*, at para. 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The respondent employer makes much of the fact that this appeal is not a *Charter* challenge. Nevertheless, in interpreting the ambiguous phrase here at issue, the *Charter* properly informs the analysis.

[70] I conclude that the right to be protected against age discrimination preserved by s. 3 of the

[67] Il s’ensuit en outre que, dans l’interprétation de dispositions sur les droits de la personne, l’analyse grammaticale stricte peut se trouver subordonnée à l’objet réparateur de la loi. En effet, notre Cour « a souligné à maintes reprises qu’il n’y a pas lieu de s’en rapporter uniquement à la méthode d’interprétation fondée sur l’analyse grammaticale, notamment en ce qui concerne l’interprétation de lois de nature constitutionnelle et quasi-constitutionnelle » : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27 (« *Québec c. Montréal* »), par. 30 (citant les arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, et *O’Malley*).

[68] Il est également établi que l’interprétation d’une loi sur les droits de la personne doit s’harmoniser avec celle de dispositions comparables dans d’autres ressorts. La formulation des garanties et des exceptions peut varier, mais leur interprétation doit demeurer cohérente, sauf intention contraire manifeste du législateur : *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 373. C’est notamment sur ce principe que repose la conclusion de notre Cour dans l’arrêt *Meiorin*, à savoir que le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, bien qu’elle ne fasse pas expressément mention de la discrimination directe et de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, doit être interprétée comme si elle visait les deux, car les autres codes des droits de la personne en vigueur au Canada le font (par. 46 et 52).

[69] Enfin, lorsqu’une disposition sur les droits de la personne se prête à plus d’une interprétation, comme dans la présente affaire, son interprétation doit s’harmoniser avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Québec c. Montréal*, par. 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. L’employeur intimé insiste beaucoup sur le fait qu’il ne s’agit pas en l’espèce d’une contestation fondée sur la *Charte*, mais il reste que celle-ci éclaire l’analyse que requiert l’interprétation du libellé ambigu des dispositions en cause.

[70] Je conclus que la garantie contre la discrimination fondée sur l’âge prévue à l’art. 3 du Code

Code is to be construed in a large and liberal fashion, consistent with the overall purpose of the Code. By contrast, exceptions such as s. 3(6)(a) should be construed narrowly.

## 2.6 *The Language Used*

[71] Against this background, I turn to the wording of s. 3(6)(a). The most striking aspect of the words chosen by the legislature is the use of the same phrase, “*bona fide*”, to describe a *bona fide* occupational qualification in s. 3(5) and the pension plan limitation provision in s. 3(6)(a). When two terms of art are used in successive subsections within a single legislative provision, the inference is that the legislator intended them to have the same meaning and to function in similar ways. In the words of Sopinka J., “Giving the same words the same meaning throughout a statute is a basic principle of statutory interpretation”: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387; see also Sullivan, at pp. 163-64. The analysis may vary in details to fit the particular context. However, the starting assumption is that the words were intended to convey the same general idea.

[72] There is no dispute that “*bona fide*” in s. 3(5) is used in the sense of requiring the employer seeking to defend a limit on a human right to justify the need for that limit. To do this under s. 3(5), the employer must show that the limit was adopted for a purpose rationally connected to a workplace need, was adopted in good faith, and is reasonably necessary to accomplish a legitimate work-related purpose: *Meiorin*. The central implication of “*bona fide*” in s. 3(5) and in human rights law generally is the idea that it calls for *justification* of limits on human rights.

[73] The use of the same term in s. 3(6)(a) suggests that the legislature had something similar in mind in enacting the pension plan exemption. It suggests, more particularly, that the legislature intended to introduce the idea that the employer must justify limits imposed by pension plans on the right of employees to be free from age discrimination. It

doit recevoir une interprétation large et libérale, compatible avec l’objet général du Code. À l’opposé, les exceptions comme celle que prévoit l’al. 3(6)(a) doivent s’interpréter strictement.

## 2.6 *Le libellé*

[71] Sur cette toile de fond, je passe à l’examen du libellé de l’al. 3(6)(a). Ce qui frappe le plus dans la formulation retenue par le législateur est l’emploi, dans la version anglaise, du même qualificatif (« *bona fide* ») pour les qualifications professionnelles au par. 3(5) et les régimes de pension à l’al. 3(6)(a). Lorsque, dans un même article de loi, un terme technique est employé dans deux paragraphes consécutifs, on doit en conclure que le législateur a voulu qu’il ait le même sens et qu’il produise le même effet. Comme l’a indiqué le juge Sopinka, « [d]onner aux mêmes mots le même sens dans l’ensemble d’une loi est un principe de base en matière d’interprétation des lois » : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387; voir aussi Sullivan, p. 163-164. L’analyse peut varier sur des points de détail, selon le contexte particulier, mais il est présumé au départ que les mots sont censés exprimer la même idée générale.

[72] Il ne fait aucun doute qu’au par. 3(5), le qualificatif est employé pour obliger l’employeur désireux de justifier la restriction d’un droit de la personne à démontrer la nécessité de cette mesure. Il lui faut alors prouver qu’il existe un lien rationnel entre la mesure et une exigence inhérente au travail, que la mesure a été adoptée de bonne foi et qu’elle est raisonnablement nécessaire à la réalisation d’objectifs légitimes liés au travail : arrêt *Meiorin*. L’emploi du qualificatif au par. 3(5) et dans les dispositions sur les droits de la personne en général a pour effet principal de faire naître l’obligation de *justifier* toute restriction des droits de la personne.

[73] L’emploi du même qualificatif à l’al. 3(6)(a) indique que le législateur avait quelque chose de semblable en tête lorsqu’il a établi l’exception applicable aux régimes de pension et, plus particulièrement, qu’il voulait introduire l’idée que l’employeur devait justifier la restriction, par un régime de pension, de la garantie contre la discrimination

suggests, finally, that this justification will be of the same type as required in other situations where the phrase *bona fide* is used. In other words, it suggests that where a *prima facie* case of age discrimination is made out, the employer will be called upon to show that the provision in the pension plan under which an employee is terminated is a reasonable measure in terms of the functionality and sustainability of the plan.

[74] The majority, contrary to the normal rule of statutory construction, says that “*bona fide*” in ss. 3(5) and 3(6)(a) mean different things. It says that the phrase as used in s. 3(6)(a) has nothing to do with justification of the limit on the employees’ rights. Rather, it merely connotes the minimal requirement that the plan be a registered plan within pensions legislation and was not adopted as a sham to circumvent employee rights. Since all pension plans may be expected to be registered and to fall within the legislative definition of a plan, the majority test in effect reduces essentially to the requirement that the plan was not adopted as a sham to circumvent employee rights. The result is that the test requires no justification of the reasonableness of the limits on the employee’s rights.

[75] The requirement that a measure that limits rights must not be a sham has always been part of the meaning of “*bona fide*” in the human rights context. It continues to form an essential element of the *Meiorin* test. But this is only a part of the full connotation of “*bona fide*”. The term means more. To reduce “*bona fide*” to the mere idea of not being a sham is to take an impoverished view of the term. The legislature must be taken to have understood the term “*bona fide*” in its full sense when it chose to use it in s. 3(6)(a).

[76] The decision of Sopinka J. in *Zurich* is of little assistance in this regard. It was based on a provision of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 21, that referred to “reasonable and *bona fide* grounds”. Sopinka J. stated that to

fondée sur l’âge. Enfin, il donne à penser que cette justification sera analogue à celle que commande les autres cas où le terme est utilisé. Autrement dit, il permet de conclure que lorsque la discrimination fondée sur l’âge est établie *prima facie*, l’employeur devra prouver que la disposition du régime de pension sur laquelle il se fonde pour mettre fin à l’emploi constitue une mesure raisonnable au regard du fonctionnement et de la viabilité du régime.

[74] En dépit de la règle habituellement applicable en matière d’interprétation législative, les juges majoritaires estiment que « *bona fide* » n’a pas le même sens au par. 3(5) et à l’al. 3(6)a). Selon eux, employé à l’al. 3(6)a), ce qualificatif n’a rien à voir avec la justification d’une restriction apportée aux droits des employés, mais renvoie simplement à l’exigence minimale que le régime soit enregistré conformément aux lois sur les régimes de retraite ou pension et qu’il ne s’agisse pas d’un régime factice visant à neutraliser les droits des employés. Puisque tous les régimes de pension devraient normalement être enregistrés et correspondre à la définition législative, le critère retenu par les juges majoritaires se résume essentiellement à ce que le régime ne soit pas un régime factice visant à neutraliser les droits des employés. Selon ce critère, l’employeur n’a donc pas à justifier la restriction des droits des employés.

[75] Dans le contexte des droits de la personne, l’emploi en anglais du terme latin « *bona fide* » a toujours emporté l’exigence qu’une mesure restreignant des droits ne soit pas factice. Cette exigence demeure un élément essentiel du critère de l’arrêt *Meiorin*, mais un élément seulement de la connotation intégrale du terme « *bona fide* », dont la signification est beaucoup plus large. En ramenant la notion à la seule absence de facticité, on l’appauvrit. On doit supposer que le législateur a voulu donner tout son sens à ce terme lorsqu’il a décidé de l’utiliser à l’al. 3(6)a).

[76] Les motifs du juge Sopinka dans l’arrêt *Zurich* ont peu de pertinence sur ce point. Ils se fondent sur une disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario, L.O. 1981, ch. 53, art. 21, où il était question de « motifs justifiés

meet the test of “*bona fides*”, the practice “must be one that was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code” (p. 343). This accurately reflects one part of the test for justification of limitations on human rights as it was then understood, which also, as affirmed by Sopinka J., required the Court to ask whether there were any other reasonable alternatives available. The state of the law and, in particular, the presence of the word “reasonable” in the Ontario Code meant that Sopinka J. did not need to consider the reasonableness component explicitly as an element of the impugned standard’s *bona fides*. To reiterate, “*bona fide*” includes the idea that the rights-limiting measure must not be a sham. The point is simply that it also includes much more.

[77] It is argued that the phrase “*bona fide*” is grammatically linked to “pension plan”. This means, it is suggested, that the focus is on whether the *plan*, not the plan’s terms or conditions, must be *bona fide*. This argument merely pushes the question back one remove: what constitutes a *bona fide* pension plan? In the majority’s view, it is essentially any plan that was not adopted as a sham. In my respectful view, in addition to this requirement, “*bona fide*” connotes a plan whose mandatory retirement provisions are reasonably necessary having regard to the operation and sustainability of the plan. The majority concludes that the “plan as a whole” must be rendered legitimate. In my view, however, a plan whose terms or conditions unjustifiably limit the guaranteed human rights of employees is not a legitimate plan. It is a flawed plan and cannot be considered *bona fide*. The majority concludes that a plan that contains a mandatory retirement clause adopted to circumvent employee rights would render the “plan as a whole” illegitimate. So too, in my view, would a plan that contains an unjustifiable limit on employee rights. It may be helpful to read s. 3(6)(a) together with para. (b), which makes it clear that it is the *operation* of

de façon raisonnable et de bonne foi ». Le juge Sopinka affirme que pour satisfaire au critère de la « bonne foi », « la pratique doit avoir été adoptée honnêtement, d’une façon conforme à des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues, et non dans le but de porter atteinte aux droits garantis par le Code » (p. 343). Il s’agit bien d’un volet du critère de la justification applicable à la restriction d’un droit de la personne tel qu’on l’entendait à l’époque. Selon le juge Sopinka, ce critère exigeait en outre que la Cour se demande s’il existait d’autres solutions raisonnables. L’état du droit et, plus particulièrement, l’emploi du mot « raisonnable » dans le code ontarien ont fait en sorte que le juge Sopinka n’a pas eu à se pencher explicitement sur la notion de raisonnabilité entendue comme un élément du critère de la « bonne foi ». Je le répète, la « bonne foi » (« *bona fides* » en anglais) englobe l’idée qu’une mesure restreignant des droits ne doit pas être factice. Or, elle s’entend de bien d’autres choses.

[77] On fait valoir que vu le lien grammatical avec « régime de retraite », il faut se demander si le *régime*, et non ses modalités et conditions, est « *bona fide* » (en français, « effectif »). Cet argument nous ramène simplement à la question de savoir ce qu’est un régime de pension effectif. Pour les juges majoritaires, il s’agit essentiellement d’un régime qui n’est pas factice. À mon humble avis, les dispositions sur la retraite obligatoire d’un régime effectif doivent en outre être raisonnablement nécessaires à son fonctionnement et à sa viabilité. Les juges majoritaires concluent que « le régime dans son ensemble » doit être légitime. Or, à mon avis, un régime dont les modalités et conditions limitent de manière injustifiée les droits fondamentaux des employés n’est pas légitime. C’est un régime vicié qui ne saurait être tenu pour effectif (ou « *bona fide* »). Les juges majoritaires estiment que l’adoption d’une disposition sur l’âge de la retraite obligatoire visant à neutraliser les droits des employés rendrait illégitime « le régime dans son ensemble ». À mon sens, il en irait de même si un régime restreignait de manière injustifiée les droits des employés. Il convient de lire l’al. 3(6)a) de pair avec l’al. 3(6)b), lequel précise que c’est



a plan's terms or conditions that falls for scrutiny, suggesting that any justification must involve consideration of the integrity of the plan as a whole. (I note that, in any event, the grammatical point is not determinative. As discussed above, in interpreting human rights legislation, grammatical construction may be subordinated to the remedial purpose of the law: *Quebec v. Montréal*.)

[78] The fact that “*bona fide*” modifies “pension plan” is, however, significant in one respect. It signals that the requirement of justification goes not to the situation of individual employees, but to the pension plan. The question is whether the *prima facie* infringement potentially imposed by the mandatory retirement provisions is justified as reasonably necessary to the operation and sustainability of the plan. The term “*bona fide*” with its requirement of justification of limits on rights must be adapted to the group context and the realities of pension plans and their administration. Pension plans are premised on treating groups of people in similar fashion. An individual approach belies this premise. It follows that the individualized inquiry applicable at the final stage of the *bona fide* occupational qualification analysis under s. 3(5) must be adapted in the context of s. 3(6)(a) to a group perspective more appropriate to pension plans.

[79] It is argued that the French version of s. 3(6)(a) supports the view that all that is required is that the plan, at its inception, not have been a sham. The argument (at para. 27) is that the equivalent of “*bona fide*” in s. 3(5) is different than that in s. 3(6)(a), in that the word “*requisites*” (required) appears in the French version of s. 3(5) but not in the French version of s. 3(6)(a). This is said to show that “[c]learly the legislature intended different meanings to attach to each provision.” But this argument does not hold up. In fact, the equivalent of “*bona fide*” is not different in the two sections. “*Requisites*” in s. 3(5) does not correspond with

*l'application* des modalités ou conditions d'un régime qui fait l'objet d'un examen, donnant ainsi à penser que toute justification suppose nécessairement la prise en compte de l'intégrité du régime dans son ensemble. (Je signale que quoi qu'il en soit, l'aspect grammatical n'est pas décisif. Je le répète, lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions sur les droits de la personne, l'analyse grammaticale peut se trouver subordonnée à l'objet réparateur de la loi : *Québec c. Montréal*.)

[78] Cependant, le fait que « *bona fide* » qualifie en anglais le « régime de pension » est important sur un point. Il indique que l'exigence de la justification ne vise pas la situation de l'employé individuel, mais bien le régime de pension. Il s'agit de déterminer si l'atteinte susceptible de découler *prima facie* des dispositions sur la retraite obligatoire est justifiée en ce qu'elle est raisonnablement nécessaire au fonctionnement et à la viabilité du régime. La notion de « *bona fide* », et l'exigence de justification de la restriction d'un droit qu'elle comporte, doit être adaptée au contexte collectif et aux réalités d'un régime de pension et de son administration. Un tel régime a pour principe fondamental l'identité de traitement pour tous. Une approche individuelle va à l'encontre de ce principe. L'examen individualisé requis à l'étape finale de l'analyse afférente aux qualifications professionnelles réellement requises (« *bona fide* occupational qualification » en anglais) pour les besoins du par. 3(5) doit donc être effectué, dans le cas de l'al. 3(6)(a), dans une optique collective qui convient davantage à un régime de pension.

[79] Les juges majoritaires font valoir que la version française de l'al. 3(6)(a) appuie la thèse qu'il suffit de démontrer qu'à sa création, le régime n'était pas factice. Ils avancent (au par. 27) que « *bona fide* » n'est pas rendu de la même façon au par. 3(5) et à l'al. 3(6)(a), le mot « *requisites* » figurant dans la version française du par. 3(5), mais pas dans celle de l'al. 3(6)(a). Ils en concluent que « [l]e législateur a clairement voulu que le qualificatif ait un sens différent dans les deux dispositions. » Cet argument ne tient pas la route. En fait, le terme « *bona fide* » n'est pas rendu différemment dans les deux dispositions. Au paragraphe 3(5),

“*bona fides*”, but is used to express “occupational qualification” or requirement. The latter phrase is not found in s. 3(6)(a), explaining why “*requisites*” is not found in the French text of that section. It would not make sense to use “*requisites*” to describe a pension. Moreover, the meaning the majority ascribes to the French term “*effectif*” in s. 3(6)(a) — “*concret, positif, réel, tangible*” — does not support the theory that all that is required is that the pension plan not have been a sham. “*Réellement*” is used in the French version of s. 3(5) in the sense of justified. “*Réel*”, one of the meanings of “*effectif*”, would seem to bring the same sense to the French version of s. 3(6)(a).

[80] The majority, at para. 34, relies on the definition of “*bona fide*” in *Black’s Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 186. It might be suggested that an American law dictionary is not the most authoritative source of a term that has over the decades assumed a special juridical meaning in Canadian human rights law. In any event, if one were driven to such lengths, the adjectives offered by the estimable lexicographers — “Made in good faith; without fraud or deceit” — are equally suggestive of the requirement that limits on rights be justifiable as of a bare “no-sham” threshold.

[81] The majority suggests that to read “*bona fide*” in s. 3(6)(a) as doing more than merely foreclosing provisions adopted in bad faith, is to read words into the provision. On the contrary, I would argue that to confine “*bona fide*”, with its rich meaning in the Canadian human rights context to this narrow compass, is to artificially read it down. I agree with the majority that human rights legislation “does not . . . permit interpretations which are inconsistent with the wording of the legislation” (para. 19). I also agree with the majority that the Code treats pensions in a special and different way

l’adjectif « *requisites* » ne rend pas « *bona fide* », mais bien « *occupational qualification* ». Ainsi, l’absence du mot « *requisites* » dans la version française de l’al. 3(6)a s’explique par l’absence de l’expression « *occupational qualification* » dans la version anglaise de cette disposition. Employer le mot « *requisites* » pour qualifier un régime de pension n’aurait aucun sens. En outre, la signification attribuée par les juges majoritaires à l’adjectif français « *effectif* » figurant à l’al. 3(6)a — « *concret, positif, réel, tangible* » — n’étaye pas la thèse selon laquelle il suffit de démontrer que le régime de pension n’est pas factice. L’adverbe « *réellement* » est utilisé dans la version française du par. 3(5) pour rendre l’idée de la justification. L’un des synonymes d’« *effectif* » — « *réel* » — intégrerait apparemment la même notion dans la version française de l’al. 3(6)a.

[80] Les juges majoritaires (au par. 34) fondent leur raisonnement sur la définition du terme « *bona fide* » dans le *Black’s Law Dictionary* (8<sup>e</sup> éd. 2004), p. 186. Il est permis de penser qu’un dictionnaire de droit américain ne fait pas le poids pour définir un terme ayant acquis au fil des décennies un sens juridique particulier dans le domaine des droits de la personne au Canada. Quoi qu’il en soit, si d’aucuns tiennent à s’y référer, j’estime que les équivalents proposés par les éminents lexicographes — [TRADUCTION] « Fait de bonne foi; sans fraude ni tromperie » — permettent tout autant de conclure à l’application d’une exigence de justification de la restriction des droits qu’à l’application d’une simple exigence de non-facticité du régime.

[81] Les juges majoritaires laissent entendre que voir dans le terme « *bona fide* » — employé à l’al. 3(6)a dans sa version anglaise — davantage que la seule interdiction d’adopter des dispositions de mauvaise foi équivaut à intégrer des mots dans l’alinéa. J’estime au contraire que de limiter à ce point la signification de « *bona fide* », pourtant si riche dans le contexte des droits de la personne au Canada, revient à l’atténuer artificiellement. Je conviens avec eux que l’interprétation d’une disposition sur les droits de la personne « ne doit pas être incompatible avec le texte de celle-ci » (par. 19).

(paras. 21 to 26). And I emphatically agree with the majority when it states “[w]hat the legislature was seeking to do in enacting s. 3(6)(a) was to confirm the financial protection available to employees under a genuine pension plan, while at the same time ensuring that they were not arbitrarily deprived of their employment rights . . .” (para. 24). However, I cannot agree with the qualifier (“pursuant to a sham”) the majority proceeds to place on this description of the legislature’s purpose. I see nothing in the Code that confines its protection to such narrow and impoverished compass. To extend the scope of the s. 3(6)(a) exemption to any plan that was not a sham at its adoption, in fact commits the very sin of importing words to the provision, which the majority warns against doing.

[82] I conclude that the use of the term “*bona fide*” in s. 3(6)(a) suggests that to trump s. 3 rights, a pension plan must be “*bona fide*” in the sense that the limits that its mandatory retirement terms impose, insofar as they limit the right of employees not to be discriminated against on the basis of age, must be capable of justification by the employer. As observed, “*bona fide*” in the context of workplace requirements (s. 3(5)) connotes the need for rational connection with a workplace goal, honest adoption of the limit, and reasonableness. “*Bona fide*” in s. 3(6)(a) logically connotes similar requirements, adapted to the context of pensions. This suggests that the limit on a right imposed by a mandatory retirement provision in a pension plan: (1) must be adopted for a purpose rationally connected to the operation and sustainability of the plan; (2) must not be a sham imposed to circumvent human rights; and (3) must not impinge on the right to be free from discrimination more than is reasonably necessary to maintain the functionality and sustainability of the pension plan.

Je reconnais également que le Code régit les régimes de pension d’une manière différente et particulière (par. 21-26). Et j’insiste sur le fait que je partage leur avis selon lequel « [a]vec l’adoption de l’al. 3(6)a, le législateur visait à confirmer la protection financière offerte aux employés par un régime de pension véritable, ainsi qu’à faire en sorte qu’ils ne soient pas arbitrairement privés de leurs droits en matière d’emploi . . . » (par. 24). Cependant, je ne peux être d’accord avec la restriction (« par un régime factice ») apportée à l’intention du législateur. À mon avis, aucun élément du Code ne rend la protection offerte si limitée. En fait, conclure que l’exception prévue à l’al. 3(6)a s’applique à tout régime qui n’est pas factice au moment de son adoption revient à faire précisément ce contre quoi les juges majoritaires nous mettent en garde, à savoir ajouter des mots à la disposition.

[82] Je conclus que l’utilisation du terme « *bona fide* » dans la version anglaise de l’al. 3(6)a permet de conclure que pour écarter un droit protégé à l’art. 3, les dispositions sur la retraite obligatoire d’un régime de pension, dans la mesure où elles restreignent la garantie contre la discrimination fondée sur l’âge dont bénéficient les employés, doivent être susceptibles de justification par l’employeur. Comme je l’ai fait remarquer, dans le contexte des exigences inhérentes au travail (par. 3(5)), « *bona fide* » suppose la nécessité qu’il existe un lien rationnel avec un objectif lié au travail, que la restriction ait été adoptée de bonne foi et qu’elle soit raisonnable. Logiquement, le même terme utilisé dans la version anglaise de l’al. 3(6)a suppose l’application des mêmes exigences, adaptées au contexte d’un régime de pension. Il s’ensuivrait donc que la disposition d’un régime de pension qui prévoit la retraite obligatoire et restreint ainsi un droit (1) devrait être adoptée dans un but ayant un lien rationnel avec le fonctionnement et la viabilité du régime, (2) qu’elle ne devrait pas être factice et viser à neutraliser des droits fondamentaux et (3) qu’elle ne devrait pas non plus empiéter sur la garantie contre la discrimination plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire pour assurer le fonctionnement et la viabilité du régime.

## 2.7 *Justification: Consistency With the Charter and Human Rights Methodology*

[83] Where a provision is open to more than one interpretation, it should be interpreted in a manner consistent with the provisions of the *Charter*. Under the *Charter*, as under human rights legislation generally, limits on rights must be justified by those seeking to impose them (in the case of the *Charter*, the state). The test proposed by the majority in this case forecloses such justification. It deprives the right of substance where pension plans are concerned. All that is required to override the employee's right against age discrimination is that the employer, when it adopted the pension plan, perhaps many years before, did not act from improper motives, and that the plan is not a sham.

[84] While the majority in this appeal would require no significant justification of the limitations on rights, the respondent employer, recognizing the need for more substantial justification, suggested that the test should contain an objective requirement that the employer show that the pension plan conforms to "usual business practices". This would be, at most, a second-best substitute for the type of justification required by the *Charter* and more generally by human rights statutes. Usual business practices, while objective, do not constitute justification of discrimination and, indeed, may be associated with discrimination and the perpetuation of the wrongs it involves. The justification test I propose — whether the mandatory retirement provisions of the plan are reasonably necessary to the operation and sustainability of the plan — incorporates *good* business practices. It accomplishes the goals of the usual business practices rider proposed by the employer, without condoning discriminatory aspects of such practices. More importantly, the justification test I propose is consistent with the justification required under the *Charter* and human rights methodology, which looks to what is reasonable, necessary and minimally impairing.

## 2.7 *La justification : Conformité à la méthode d'application de la Charte et des droits de la personne*

[83] La disposition qui se prête à plus d'une interprétation doit être interprétée d'une manière compatible avec la *Charte*. Suivant celle-ci et les dispositions sur les droits de la personne en général, la restriction d'un droit doit être justifiée par celui qui veut l'apporter (dans le cas de la *Charte*, l'État). Le critère proposé par les juges majoritaires écarte cette justification, vidant le droit de sa substance lorsqu'un régime de pension est en cause. Pour supplanter la garantie dont bénéficie l'employé contre la discrimination fondée sur l'âge, il suffit qu'au moment de l'adoption du régime de pension, peut-être de nombreuses années auparavant, l'employeur n'ait pas eu d'intention illégitime et que le régime ne soit pas factice.

[84] Même si les juges majoritaires n'exigent aucune justification tangible de la restriction d'un droit, l'intimée propose d'intégrer au critère applicable un volet objectif obligeant l'employeur à prouver que son régime de pension respecte les « pratiques commerciales courantes ». Il s'agit au mieux d'un pis-aller par rapport au type de justification que commandent la *Charte* et, plus généralement, les lois sur les droits de la personne. Bien qu'elles constituent un élément objectif, les pratiques commerciales courantes ne sauraient justifier une mesure discriminatoire et pourraient en fait être liées à la discrimination et à la perpétuation des conséquences néfastes qui en découlent. Le critère de justification que je préconise — les dispositions sur la retraite obligatoire sont-elles raisonnablement nécessaires au fonctionnement du régime et à sa viabilité? — intègre la notion de *bonnes* pratiques commerciales, ce qui permet d'atteindre l'objectif de l'exigence proposée par l'employeur intimé — le respect des pratiques commerciales courantes —, mais sans tolérer les aspects discriminatoires de celles-ci. Surtout, le critère de justification que je privilégie est compatible avec celui que commande la méthode d'application de la *Charte* et des droits de la personne, à savoir le caractère raisonnable, nécessaire et minimal de l'atteinte.

## 2.8 Other Legislation

[85] Some provinces have adopted provisions similar to s. 3(6)(a), referring to “*bona fide*” pension plans. Others have used different words. The New Brunswick *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26, regulating transfer of pension benefits, and the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), use “*bona fide*” in different ways for different purposes. The majority relies on this to argue that the meaning of “*bona fide*” consistently used in human rights legislation and indeed, in other sections of the very statute at issue, should be rejected. With respect, I cannot concur.

[86] The interpretation I propose is consistent with other human rights jurisprudence concerning pension plans that make age-based distinctions. For example, in *O’Neill v. C.P.U.* (1996), 28 C.H.R.R. D/24, the British Columbia Council of Human Rights, applying *Zurich*, based on its view that individualized assessment would be artificial in the pension context, held that a *bona fide* pension plan must be reasonable in order to be compatible with human rights principles (para. 31); see also *Volkow v. Summit Logistics Inc.* (2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43; *Bogdanich v. Summit Logistics Inc.* (2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292; *Soucie v. Transit Employees’ Health Benefit Plan*, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322; *Stefanuk v. Municipal Pension Board of Trustees* (2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19; and *Bégin v. Richmond School Dist. No. 38* (2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT 60. I note that in *Bégin*, the tribunal member defined the objective element of a plan’s *bona fides* as requiring that there be “no practical alternative” (para. 55).

## 2.8 Les autres lois

[85] Certaines provinces se sont dotées de dispositions apparentées à l’al. 3(6)a qui renvoient (en anglais) à des régimes de pension « *bona fide* ». D’autres emploient une terminologie différente. La *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. P-26, qui régit le transfert du service ouvrant droit à pension, de même que la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), emploient (en anglais) le terme « *bona fide* » de différentes manières et à différentes fins. Les juges majoritaires invoquent ce fait pour soutenir que le sens invariablement attribué à ce terme dans les lois sur les droits de la personne et même dans d’autres dispositions de la loi considérée en l’espèce devrait être écarté. Avec tout le respect que je leur dois, je ne puis me ranger à leur avis.

[86] L’interprétation que je favorise se concilie bien avec les décisions rendues jusqu’à ce jour sur le respect des droits de la personne lorsqu’un régime de pension établit une distinction fondée sur l’âge. À titre d’exemple, dans *O’Neill c. C.P.U.* (1996), 28 C.H.R.R. D/24, le Council of Human Rights de la Colombie-Britannique, même s’il appliquait l’arrêt *Zurich*, partant du principe qu’un examen individualisé se serait révélé artificiel dans le cas d’un régime de pension, a statué qu’un régime de pension « *bona fide* » devait être raisonnable pour respecter les principes relatifs aux droits de la personne (par. 31); voir également *Volkow c. Summit Logistics Inc.* (2004), 49 C.H.R.R. D/261, 2004 BCHRT 43; *Bogdanich c. Summit Logistics Inc.* (2004), 46 C.C.P.B. 1, 2004 BCHRT 292; *Soucie c. Transit Employees’ Health Benefit Plan*, [2004] B.C.H.R.T.D. No. 346 (QL), 2004 BCHRT 322; *Stefanuk c. Municipal Pension Board of Trustees* (2007), 59 C.H.R.R. D/49, 2007 BCHRT 19; *Bégin c. Richmond School Dist. No. 38* (2007), 59 C.H.R.R. D/247, 2007 BCHRT 60. Je remarque que dans cette dernière décision, le commissaire a estimé que le volet objectif du critère de la bonne foi (*bona fides*, en anglais) exigeait qu’il n’y ait [TRADUCTION] « pas d’autre solution pratique » (par. 55).

[87] In addition to being consistent with human rights jurisprudence, the interpretation I propose would also establish a uniform analysis applicable to all jurisdictions. Some jurisdictions, in legislating the exception for pension plans, have statutorily mandated the requirement of reasonable necessity. Quebec's legislation requires pensions making age-based distinctions to be "warranted", based on a risk analysis discernible from actuarial data (*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 20.1). The Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 25(2), protects pensions that comply with the province's *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 44(1) of which prohibits employers from implementing benefit plans that make distinctions on the basis of age.

[88] On the basis of the foregoing, I conclude that an interpretation of the term "*bona fide* pension plan" that fully protects employees from discrimination on the basis of age is both available, desirable and, indeed, mandated in the human rights context. Whether this principle is made explicit or whether it emerges from a textual, purposive and contextual analysis like the one I have performed here, the important legislative goal of stamping out discrimination is not to be undermined by strict adherence to outdated legal definitions.

### 3. Conclusion

[89] For the reasons discussed, I conclude that the exemption from age discrimination found in the phrase "the termination of employment . . . because of the terms or conditions of any *bona fide* . . . pension plan" in s. 3(6)(a) of the *New Brunswick Human Rights Code*, should be interpreted as follows. A *bona fide* pension plan under s. 3(6)(a) is one whose mandatory retirement terms:

[87] En plus d'être compatible avec la jurisprudence en matière de droits de la personne, mon interprétation permettrait d'uniformiser l'analyse applicable dans tous les ressorts. En légiférant pour prévoir une exception au bénéfice des régimes de pension, certains ressorts ont établi l'exigence de la nécessité raisonnable. Les dispositions québécoises exigent elles aussi que la distinction établie par un régime de pension en fonction de l'âge soit « légitime » compte tenu d'une analyse du risque se dégageant de données actuarielles (*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 20.1). Le paragraphe 25(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, fait bénéficier d'une exception le régime de pension qui respecte le par. 44(1) de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, ch. 41, lequel interdit à l'employeur d'établir un régime d'avantages sociaux comportant des distinctions fondées sur l'âge.

[88] Vu ce qui précède, j'arrive à la conclusion qu'il est à la fois possible, souhaitable et même obligatoire, dans le contexte des droits de la personne, d'interpréter l'expression « régime [. . .] de pension effectif » (en anglais, « *bona fide* [. . .] *pension plan* » de manière à protéger pleinement les employés contre la discrimination fondée sur l'âge. Que l'application de ce principe soit rendue explicite ou qu'elle se dégage d'une analyse textuelle, téléologique ou contextuelle comme celle à laquelle je me livre dans les présents motifs, la réalisation de l'objectif législatif important qui consiste à éradiquer la discrimination ne doit pas être compromise par l'adhésion stricte à des définitions juridiques dépassées.

### 3. Conclusion

[89] Pour les motifs exposés, j'estime que l'énoncé « à la cessation d'emploi [. . .] en raison des modalités ou conditions d'un régime [. . .] de pension effectif » figurant à l'al. 3(6)a) du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick devrait être interprété comme suit. Pour les besoins de cette disposition, un régime de pension effectif (en anglais, « *bona fide* ») est celui dont les règles sur la retraite obligatoire :

1. were adopted for a purpose rationally connected to the operation and sustainability of the plan;
2. were adopted in good faith and not as a sham to circumvent employee rights; and
3. are reasonably necessary having regard to the operation and sustainability of the plan.

This is not an individualized inquiry, but one related to the operation of the plan.

[90] I would dismiss the appeal and remit the matter to the Board of Inquiry for disposition in accordance with the test proposed in these reasons.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: New Brunswick Human Rights Commission, Fredericton.*

*Solicitors for the respondent: Barry Spalding, Saint John.*

*Solicitors for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission: Burchell Hayman Parish, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Alberta Human Rights and Citizenship Commission: Alberta Human Rights and Citizenship Commission, Edmonton.*

1. ont été adoptées dans un but ayant un lien rationnel avec son fonctionnement et sa viabilité,
2. ont été adoptées de bonne foi et non de façon factice afin de neutraliser les droits des employés et
3. sont raisonnablement nécessaires au fonctionnement du régime et à sa viabilité.

L'examen n'est pas individualisé mais embrasse le fonctionnement du régime.

[90] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la commission d'enquête pour qu'elle rende une décision conforme au critère préconisé dans les présents motifs.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante : Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimée : Barry Spalding, Saint John.*

*Procureurs de l'intervenante Nova Scotia Human Rights Commission : Burchell Hayman Parish, Halifax.*

*Procureur de l'intervenante Alberta Human Rights and Citizenship Commission : Alberta Human Rights and Citizenship Commission, Edmonton.*

**Redeemer Foundation** *Appellant*

v.

**Minister of National Revenue** *Respondent***INDEXED AS: REDEEMER FOUNDATION v. CANADA  
(NATIONAL REVENUE)****Neutral citation: 2008 SCC 46.**

File No.: 31753.

2008: February 28; 2008: July 31.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Charron and Rothstein JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Taxation — Income tax — Administration and enforcement — Minister of National Revenue's power to inspect, audit and examine taxpayers' records — Whether Minister must obtain judicial authorization during course of legitimate audit of registered charity before asking charity to provide information that identifies its donors — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 230(2)(a), 231.1(1).*

The appellant Foundation, a registered charity, operates a forgivable loan program that finances the education of students at an affiliated college. The Canada Revenue Agency ("CRA") was concerned that some donations to the program were not valid charitable donations because the donors' contributions were made solely to finance the education of their own children. CRA served the Foundation with a requirement to record the identity of each donor and the name of the student who received credit for each donation. In a subsequent audit, CRA requested the donor information, which the Foundation provided. CRA advised the Foundation that there might be grounds to revoke its charitable status and to reassess its donors. Notices of reassessment were sent to some donors. The Foundation applied for judicial review of the CRA's request for donor information. The reviewing judge declared that the request was improper without prior judicial authorization, the donor information should be returned, and the Minister of National Revenue should be prevented from acting upon the information to reassess donors. The Federal Court of Appeal set aside the reviewing

**Redeemer Foundation** *Appelante*

c.

**Ministre du Revenu national** *Intimé***RÉPERTORIÉ : REDEEMER FOUNDATION c. CANADA  
(REVENU NATIONAL)****Référence neutre : 2008 CSC 46.**

N° du greffe : 31753.

2008 : 28 février; 2008 : 31 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Application et exécution — Pouvoir du ministre du Revenu national d'inspecter, vérifier et examiner les registres des contribuables — Dans le cadre d'une vérification légitime d'un organisme de bienfaisance enregistré, le ministre doit-il demander une autorisation judiciaire avant d'exiger que l'organisme lui remette des renseignements sur l'identité de ses donateurs — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 230(2)a), 231.1(1).*

La fondation appelante, un organisme de bienfaisance enregistré, gère un programme de prêt à remboursement conditionnel qui finance la formation d'étudiants d'un collège affilié. L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») doutait que certains dons au programme constituent des dons de bienfaisance valides parce que les contributions des donateurs ne visaient qu'à financer les études de leur propre enfant. L'ARC a signifié à la Fondation une demande péremptoire lui enjoignant de consigner l'identité de chaque donateur et le nom de l'étudiant ayant bénéficié de chaque don. Dans le cadre d'une vérification subséquente, l'ARC a demandé des renseignements sur les donateurs, que la Fondation lui a remis. L'ARC a informé la Fondation qu'il existait peut-être des motifs d'annulation de son statut d'organisme de bienfaisance et d'établissement de nouvelles cotisations à l'égard de ses donateurs. Certains donateurs ont reçu des avis de nouvelle cotisation. La Fondation a demandé le contrôle judiciaire de la demande de renseignements relatifs aux donateurs que lui avait faite l'ARC. Le juge siégeant en révision a déclaré que la demande faite sans autorisation judiciaire préalable était irrégulière, a



judge's order and dismissed the application for judicial review.

*Held* (Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Charron JJ.: The Minister was entitled to the donor information through the combined effect of ss. 230(2)(a) and 231.1 of the *Income Tax Act*, and the Minister was not required to obtain judicial authorization before requesting the information. The Minister has a broad power under s. 231.1 to inspect, audit and examine taxpayers' records and any information that is or should be in the taxpayer's books. The Foundation was required to collect the donor information pursuant to its record keeping obligations under s. 230(2)(a) because the information was necessary for determining whether to revoke its registration as a charity. Section 231.2 still serves a useful purpose if s. 231.1 is read as authorizing the Minister to obtain information on unnamed third parties during the audit of a taxpayer without judicial authorization, since s. 231.2 addresses circumstances where the Minister needs information about one or more taxpayers outside the context of a formal audit. [1] [12-13] [15]

Regardless of whether the donor list was used by the CRA in pursuing its audits of the donors themselves, the CRA's request for the donor information was made for the legitimate purpose of investigating the validity of the Foundation's status as a registered charity. The CRA could not confirm whether the donors' contributions were valid charitable donations without the requested information. The donor information is clearly the type of record that the Foundation is required to keep to verify the legitimacy of its donations and requiring the CRA to obtain judicial authorization before requesting it would be illogical and would serve no useful purpose. Furthermore, reassessment of donors is a logical consequence of a determination that a registered charity is not operating a valid charitable program. A donor can reasonably expect that his or her donation will be examined if the registered charity is audited and that his or her claimed tax credit will be non-compliant if the charitable program is not valid. Requiring judicial authorization whenever an audit of a charity entails a possibility that its donors might be investigated and

ordonné que les renseignements relatifs aux donateurs soient retournés et a interdit à l'ARC d'agir sur la foi des renseignements pour établir de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs. La Cour d'appel fédérale a annulé l'ordonnance du juge siégeant en révision et rejeté la demande de contrôle judiciaire.

*Arrêt* (les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Charron : L'effet combiné de l'al. 230(2)a) et de l'art. 231.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettait au ministre d'obtenir des renseignements sur l'identité des donateurs et le ministre n'était pas tenu d'obtenir une autorisation judiciaire avant d'exiger les renseignements. Le paragraphe 231.1(1) confère au ministre un vaste pouvoir d'inspection, de vérification et d'examen des registres des contribuables et des renseignements qui figurent dans les livres du contribuable ou qui devraient y figurer. Selon l'obligation de tenir des registres que lui impose l'al. 230(2)a), la Fondation devait colliger les renseignements sur les donateurs parce que le ministre en avait besoin pour déterminer s'il fallait annuler son enregistrement comme organisme de bienfaisance. Même si l'art. 231.1 est interprété comme autorisant le ministre à obtenir, sans autorisation judiciaire, des renseignements sur des tiers non désignés nommément dans le cadre de la vérification d'un contribuable, l'art. 231.2 garde son utilité puisqu'il vise les situations où le ministre a besoin de renseignements sur un ou plusieurs contribuables en dehors du contexte d'une vérification formelle. [1] [12-13] [15]

Que l'ARC ait utilisé ou non la liste des donateurs pour vérifier les donateurs eux-mêmes, elle a demandé les renseignements relatifs aux donateurs pour un motif légitime, à savoir pour enquêter sur la validité du statut de la Fondation comme organisme de bienfaisance enregistré. Sans les renseignements qu'elle a exigés, l'ARC ne pouvait confirmer que les contributions des donateurs étaient des dons de bienfaisance valides. Les renseignements relatifs aux donateurs appartenaient manifestement au type de registres que la Fondation doit tenir pour confirmer la légitimité des dons qu'elle reçoit. Exiger que l'ARC obtienne une autorisation judiciaire préalable serait illogique et n'aurait aucune utilité. En outre, l'établissement de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs est une conséquence logique de la conclusion qu'un organisme de bienfaisance enregistré ne gère pas un programme de bienfaisance valide. Un donateur peut raisonnablement s'attendre à ce que son don soit examiné si l'organisme de bienfaisance fait l'objet d'une vérification et à ce que le crédit d'impôt qu'il réclame ne soit pas conforme à la loi si le programme

reassessed would be unworkable and, given the reciprocal nature of many tax arrangements, would potentially require judicial authorization in a variety of other circumstances. Lastly, there is minimal risk that the Minister will audit taxpayers who are not suspected of non-compliance solely to investigate unnamed taxpayers for non-compliance. [16-21] [26-27]

The Federal Court does not have the jurisdiction to order the Minister to vacate tax assessments. Taxpayers should challenge evidence used for a reassessment before the Tax Court of Canada. [28]

*Per Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting in part):* The CRA is acting outside ss. 230 and 231.1 of the *Income Tax Act* when it seeks information other than to verify a taxpayer's compliance with the Act through an audit of the taxpayer, and judicial authorization is required under s. 230.2(2) if the information it seeks pertains to unnamed persons. While read in isolation ss. 230 and 231.1 might be interpreted as empowering the CRA to require a taxpayer to keep and provide information identifying unnamed persons, these provisions must be interpreted with regard to s. 231.2. In order for that section to be necessary and to have any meaning, it must provide the CRA with power in addition to what it is given under ss. 230 and 231.1. If the CRA could request information pertaining to unnamed persons under its audit powers, then it could avoid the requirement for judicial authorization and s. 231.2(2) — a taxpayer protection provision — would be ineffective. This is not an issue of reading down s. 231.1(1) to avoid redundancy, but rather an issue of reading ss. 230, 231.1 and 231.2 coherently. Whereas ss. 230 and 231.1 focus on the taxpayer's compliance with the Act, s. 231.2 enhances the CRA's power and may be used for additional purposes such as dealing with non-payment and obtaining information about unnamed persons. [35-41]

Here, the CRA's request was improper without judicial authorization under s. 231.2(2). As early as July

de bienfaisance n'est pas valide. Exiger une autorisation judiciaire chaque fois que la vérification d'un organisme de bienfaisance entraîne la possibilité que ses donateurs fassent l'objet d'une enquête et d'une nouvelle cotisation serait irréaliste et, vu le caractère réciproque de nombreux arrangements fiscaux, pourrait rendre l'obtention d'une autorisation judiciaire obligatoire dans une multitude d'autres circonstances. Finalement, le risque que le ministre vérifie des contribuables qui ne sont pas soupçonnés de contrevenir à la loi simplement pour enquêter sur d'autres contribuables non désignés nommément est minime. [16-21] [26-27]

La Cour fédérale n'a pas compétence pour ordonner au ministre d'annuler les cotisations fiscales. Les contribuables doivent s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt pour contester l'admissibilité d'éléments de preuve utilisés pour l'établissement de nouvelles cotisations. [28]

*Les juges Binnie, Deschamps et Rothstein (dissidents en partie) :* L'ARC outrepassé les pouvoirs que lui confèrent les art. 230 et 231.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque, dans le cadre d'une vérification, elle cherche à obtenir des renseignements dans un but autre que celui de s'assurer que le contribuable soumis à la vérification respecte la Loi et elle doit obtenir une autorisation judiciaire conformément au par. 230.2(2) si les renseignements qu'elle cherche à obtenir concernent des personnes non désignées nommément. Bien que, pris isolément, les art. 230 et 231.1 puissent être interprétés comme conférant à l'ARC le pouvoir d'intimer à un contribuable de conserver et de fournir des renseignements identifiant des personnes non désignées nommément, ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de l'art. 231.2. Pour que cette dernière disposition ait une raison d'être et un sens, elle doit conférer à l'ARC un pouvoir supplémentaire à ceux que lui confèrent les art. 230 et 231.1. Si l'ARC pouvait exiger des renseignements relatifs à des personnes non désignées nommément en exerçant son pouvoir de vérification, elle pourrait échapper à l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire et le par. 231.2(2) qui vise à protéger le contribuable — n'aurait aucun effet. Il ne s'agit pas en l'espèce de donner une interprétation atténuée au par. 231.1(1) pour éviter la redondance, mais plutôt de donner aux art. 230, 231.1 et 231.2 une interprétation cohérente. Les articles 230 et 231.1 mettent l'accent sur le respect de la Loi par le contribuable, alors que l'art. 231.2 accroît le pouvoir de l'ARC et peut servir à d'autres fins, par exemple, à prendre des mesures en cas de non-paiement et à obtenir des renseignements concernant des personnes non désignées nommément. [35-41]

En l'occurrence, l'ARC a agi irrégulièrement en présentant sa demande sans obtenir d'autorisation

2000, if not before, the CRA intended to reassess the Foundation's donors. This is not a case where its purpose was solely to audit the Foundation and the information was entirely within the Foundation's records. The CRA sought information pertaining to the compliance of specific but unnamed persons and nothing in the Act required the Foundation to keep that information other than the CRA's specific request under s. 230(3). In the circumstances of this case, the CRA could not require the information under its power to audit the Foundation or under s. 230(3) without obtaining judicial authorization under s. 231.2(2), nor could it avoid s. 231.2(2) by making a verbal or informal request for the donor information. Furthermore, the CRA cannot justify bypassing s. 231.2(2) with arguments based on reciprocity of tax treatment or taxpayers' low expectations of privacy in their tax records. Because the authority of the CRA is so broad, it is required to follow the procedures provided in the Act rigorously. Section 231.2(2) was intended to provide some minimal restraint on the CRA's broad, unilateral authority and judicial authorization under s. 231.2(2) is required when, in the course of an audit of a taxpayer, the CRA forms the intention to obtain information pertaining to unnamed persons. [41] [43] [46-49] [54-56]

The Federal Court did not have jurisdiction to vacate the donors' tax assessments. Any issues as to the admissibility of evidence in respect of assessments should be made at the Tax Court of Canada. [58]

#### Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

**Referred to:** *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

By Rothstein J. (dissenting in part)

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

#### Statutes and Regulations Cited

*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18.1(3), 18.5.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 152(8), 169(1), 230, 231.1, 231.2, 248(1).

judiciaire préalable conformément au par. 231.2(2). Dès juillet 2000, si ce n'est plus tôt, l'ARC voulait établir de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs de la Fondation. Il ne s'agit pas d'un cas où son seul but était de vérifier la Fondation et où les renseignements figuraient entièrement dans les registres de la Fondation. L'ARC voulait obtenir des renseignements concernant le respect de la Loi par des personnes spécifiques, mais non désignées nommément, et rien dans la Loi n'obligeait la Fondation à conserver ces renseignements, si ce n'est la demande péremptoire spécifique faite par l'ARC en vertu du par. 230(3). Dans les circonstances en cause, l'ARC ne pouvait exiger les renseignements dans l'exercice de son pouvoir de vérifier la Fondation, ni en vertu du par. 230(3), sans avoir obtenu une autorisation judiciaire conformément au par. 231.2(2), et elle ne pouvait pas non plus contourner le par. 231.2(2) en demandant les renseignements sur les donateurs verbalement ou de façon informelle. De plus, l'ARC ne peut justifier l'inobservation du par. 231.2(2) en invoquant la réciprocité du traitement fiscal ou les faibles attentes des contribuables en matière de protection de la vie privée en ce qui a trait à leurs registres fiscaux. Étant investie de pouvoirs aussi vastes, l'ARC est tenue de suivre rigoureusement la procédure prévue à la Loi. Le paragraphe 231.2(2) visait à limiter un tant soit peu le vaste pouvoir unilatéral de l'ARC et celle-ci doit obtenir l'autorisation judiciaire exigée par le par. 231.2(2) lorsqu'elle forme l'intention d'obtenir des renseignements sur des personnes non désignées nommément dans le cadre d'une vérification. [41] [43] [46-49] [54-56]

La Cour fédérale n'avait pas compétence pour annuler les cotisations fiscales établies à l'égard des donateurs. Les questions touchant l'admissibilité de la preuve relative aux cotisations doivent être soumises à la Cour canadienne de l'impôt. [58]

#### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

**Arrêt mentionné :** *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

Citée par le juge Rothstein (dissident en partie)

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

#### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 152(8), 169(1), 230, 231.1, 231.2, 248(1).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(3), 18.5.

**Authors Cited**

Canada. Ministry of National Revenue. Audit Directorate. *Requirement Guidelines*. Ottawa: Ministry of National Revenue, July 20, 1995.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sharlow and Pelletier J.J.A.), [2007] 3 F.C.R. 40, 354 N.R. 147, [2007] 1 C.T.C. 280, 2006 D.T.C. 6712, [2006] F.C.J. No. 1492 (QL), 2006 CarswellNat 4821, 2006 FCA 325, reversing a decision of Hughes J., [2006] 1 F.C.R. 416, 281 F.T.R. 143, [2006] 1 C.T.C. 7, 2005 D.T.C. 5617, [2005] F.C.J. No. 1678 (QL), 2005 CarswellNat 3280, 2005 FC 1361, granting an application for judicial review of a decision of the Canada Revenue Agency to request third party donor information and documentation from the appellant. Appeal dismissed, Binnie, Deschamps and Rothstein J.J. dissenting in part.

*Jacqueline L. King, Robert B. Hayhoe and Gerald Chipeur*, for the appellant.

*Gordon Bourgard and Christine Mohr*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Charron J.J. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. — The issue in this appeal is whether the Minister was required under s. 231.2(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), to obtain judicial authorization before asking the Redeemer Foundation (“Foundation”), a registered charity, for information about the identity of its donors in the course of a legitimate audit of the Foundation. In our view, he was not required to do so. The Minister was entitled to information about the identity of the donors through the combined effect of s. 230(2)(a) and s. 231.1. (The relevant provisions are reproduced in the Appendix.) Moreover, the Minister requested that information for a legitimate purpose — to investigate the validity of the Forgivable Loan Program (“FLP”) operated by the Foundation. For these

**Doctrine citée**

Canada. Ministère du Revenu national. Direction de la vérification. *Lignes directrices sur les demandes péremptoires*. Ottawa : Ministère du Revenu national, 20 juillet 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sharlow et Pelletier), [2007] 3 R.C.F. 40, 354 N.R. 147, [2007] 1 C.T.C. 280, 2006 D.T.C. 6712, [2006] A.C.F. n° 1492 (QL), 2006 CarswellNat 3150, 2006 CAF 325, qui a infirmé une décision du juge Hughes, [2006] 1 R.C.F. 416, 281 F.T.R. 143, [2006] 1 C.T.C. 7, 2005 D.T.C. 5617, [2005] A.C.F. n° 1678 (QL), 2005 CarswellNat 3791, 2005 CF 1361, accueillant une demande de contrôle judiciaire d’une décision de l’Agence du Revenu du Canada d’exiger de l’appelante des renseignements et des documents concernant des tiers donateurs. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents en partie.

*Jacqueline L. King, Robert B. Hayhoe et Gerald Chipeur*, pour l’appelante.

*Gordon Bourgard et Christine Mohr*, pour l’intimé.

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

[1] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL — Dans le présent pourvoi, il s’agit de déterminer si, dans le cadre d’une vérification légitime de la Redeemer Foundation (« Fondation »), un organisme de bienfaisance enregistré, le ministre devait demander une autorisation judiciaire, en vertu du par. 231.2(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), avant d’exiger que la Fondation lui remette des renseignements sur l’identité de ses donateurs. À notre avis, il n’était pas tenu de le faire. L’effet combiné de l’al. 230(2)a) et de l’art. 231.1 permettait au ministre d’obtenir des renseignements sur l’identité des donateurs. (Les dispositions pertinentes sont reproduites en annexe.) En outre, le ministre a demandé ces renseignements pour un motif légitime — il voulait enquêter sur la

reasons, we would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Federal Court of Appeal.

### I. Facts

[2] The Foundation is affiliated with Redeemer University College. The Foundation operates the FLP as a means of financing the education of students at the College. In October 1998, the Canada Revenue Agency (“CRA”) audited both the Foundation and the College in respect of the 1997 taxation year. The audit raised concerns regarding the Foundation’s compliance with the *Income Tax Act*. A central concern of the CRA was that many of the contributions to the FLP might not have been valid charitable donations because they were made by parents of students attending the College with the expectation that the money would be used to finance their child’s education. The CRA cautioned that it would consider disallowing deductions to parents on their individual income tax returns. Ultimately, however, the CRA determined that it required additional information to fully understand the transactions under investigation.

[3] In particular, the CRA expressed its concern that the Foundation had been unable to provide completed transmittal forms which recorded the identity of each donor and the name of the student who was to receive credit for the donation. It resumed its audit of the Foundation in 2001 for the 1998, 1999 and 2000 taxation years. Again, the Foundation could not produce completed transmittal forms and advised the CRA that the forms had not been preserved for those years. In response, the CRA served the Foundation with a requirement under s. 230(3) of the *Income Tax Act* asking it to maintain proper records, including the transmittal forms. The CRA decided to wait until the transmittal forms were available before pursuing its investigation into the links between donors and students.

validité du Programme des prêts à remboursement conditionnel (« PPRC ») de la Fondation. Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’arrêt de la Cour d’appel fédérale.

### I. Les faits

[2] La Fondation est affiliée au Redeemer University College. Elle gère le PPRC qui sert à financer la formation d’étudiants du Collège. En octobre 1998, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a vérifié tant la Fondation que le Collège relativement à l’année d’imposition 1997. Cette vérification a soulevé des questions quant au respect de la *Loi de l’impôt sur le revenu* par la Fondation. L’ARC doutait surtout de la validité de nombreuses contributions au PPRC comme dons de bienfaisance. En effet, ces contributions étaient versées par des parents d’étudiants inscrits au Collège, qui s’attendaient à ce que l’argent serve à financer les études de leur propre enfant. L’ARC a prévenu la Fondation qu’elle envisagerait la possibilité de refuser les déductions réclamées par les parents dans leurs déclarations de revenus des particuliers. L’ARC a toutefois jugé, en définitive, qu’elle avait besoin de renseignements supplémentaires pour comprendre parfaitement les opérations visées par son enquête.

[3] L’ARC a plus particulièrement reproché à la Fondation de n’avoir pas pu lui remettre de formulaires de transmission indiquant l’identité de chaque donateur et le nom de l’étudiant qui devait bénéficier du don. Elle a repris sa vérification de la Fondation en 2001 pour les années d’imposition 1998, 1999 et 2000. Encore une fois, la Fondation n’a pas été en mesure de fournir des formulaires de transmission remplis, et elle a informé l’ARC qu’elle n’avait pas conservé les formulaires pour les années en cause. En guise de réponse, l’ARC a signifié à la Fondation une demande péremptoire, en vertu du par. 230(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, lui enjoignant de tenir les registres voulus, dont les formulaires de transmission. L’ARC a décidé d’attendre que ces formulaires puissent lui être remis avant de poursuivre son enquête sur les liens entre les donateurs et les étudiants.

[4] The CRA began a further audit in 2003 in regard to the 2001 and 2002 taxation years. In the course of that audit, the CRA's representative made an oral request of the Foundation's Executive Director for certain information, including a list of donors. The Foundation complied with this request. Upon its review of all of the information, the CRA advised the Foundation of its view that a valid charitable donation arrangement did not exist and that there might be grounds for revoking the Foundation's charitable status as a result. Several meetings subsequently took place between the CRA and representatives for both the Foundation and the donors to discuss the implications of the CRA's position on the charitable status of the Foundation and reassessment implications for the donors. In addition, the CRA contacted certain donors to advise them of its intention to disallow deductions for their donations to the Foundation and to request additional information. Notices of reassessment were eventually sent to some of these donors.

[5] During a follow-up meeting with the Foundation in June 2004, the CRA requested the donor lists for the 2002 and 2003 taxation years. The Foundation refused to provide the information, upon the advice that it would be improper to do so without the CRA having first obtained an order from the Federal Court pursuant to ss. 231.2(2) and 231.2(3) of the *Income Tax Act*. Section 231.2(2) of the Act states:

The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection (1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection (3).

[6] In September 2005, the Foundation brought an application for judicial review of the CRA's 2003 request, with which the Foundation had complied by providing the CRA with the 2001 and 2002 donor lists and related information. The Foundation sought a declaration that the 2003 request was

[4] L'ARC a entrepris une nouvelle vérification en 2003 relativement aux années d'imposition 2001 et 2002. Dans ce contexte, le représentant de l'ARC a demandé verbalement certains renseignements, dont une liste des donateurs, au directeur général de la Fondation. La Fondation a acquiescé à cette demande. Après avoir examiné tous les renseignements, l'ARC a informé la Fondation de son opinion que le régime de dons de bienfaisance n'était pas valide et, en conséquence, qu'il existait peut-être des motifs d'annulation de son statut d'organisme de bienfaisance. Par la suite, des représentants de l'ARC, de la Fondation et des donateurs se sont rencontrés à plusieurs reprises pour discuter des conséquences de l'opinion de l'ARC sur le statut d'organisme de bienfaisance de la Fondation et de l'établissement consécutif de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs. En outre, l'ARC a communiqué avec certains donateurs pour les informer de son intention de ne pas leur accorder de déduction pour leurs dons à la Fondation et de demander des renseignements additionnels. Certains de ces donateurs ont reçu ultérieurement des avis de nouvelle cotisation.

[5] Lors d'une rencontre complémentaire avec des représentants de la Fondation, en juin 2004, l'ARC a demandé les listes des donateurs pour les années d'imposition 2002 et 2003. La Fondation a refusé de fournir ces documents, ses conseillers lui ayant conseillé de ne pas accéder à cette demande sans que l'ARC ait d'abord obtenu une ordonnance de la Cour fédérale conformément aux par. 231.2(2) et 231.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 231.2(2) de la Loi se lit :

Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

[6] En septembre 2005, la Fondation a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la demande que lui avait faite l'ARC en 2003 et à laquelle elle avait obtempéré en lui fournissant les listes de donateurs et des renseignements connexes pour les années 2001 et 2002. La Fondation

improper, that the information be returned and that the CRA be prevented from acting upon the information, such as by reassessing the donors identified by the information.

## II. Judgments Below

### A. *Federal Court*, [2006] 1 F.C.R. 416, 2005 FC 1361

[7] Hughes J. allowed the Foundation's application for judicial review and ordered that any reassessments based on the information obtained as a result of the 2003 request be set aside. Hughes J. held that ss. 231.2(2) and 231.2(3) were "intended to protect third parties from having information relating to their activities obtained from other persons audited by the Minister, who then will use it for taxation purposes" (para. 14).

[8] Given that there was evidence that the CRA had used the information obtained from the Foundation to contact donors in respect of reassessment, in his view, the 2003 request fell within the scope of conduct covered by ss. 231.2(2) and 231.2(3). He therefore held that the CRA's request for and use of the information without prior judicial authorization was wrong.

[9] Hughes J. held that the Federal Court had the power to restrain the Minister from acting upon improperly obtained information by virtue of s. 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, which includes the power to "set aside . . . , prohibit or restrain, a decision, order [or] act". In his view, the word "decision" was "broad enough to include acts consequent upon the initial illegal act" (para. 22). It was on this basis that he set aside the reassessments.

sollicitait un jugement déclaratoire constatant l'irrégularité de la demande faite en 2003, ordonnant que les renseignements lui soient retournés et interdisant à l'ARC d'agir sur la foi des renseignements en cause, et notamment d'établir de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs dont l'identité lui aurait été révélée par ces renseignements.

## II. Les décisions des juridictions inférieures

### A. *Cour fédérale*, [2006] 1 R.C.F. 416, 2005 CF 1361

[7] Le juge Hughes a fait droit à la demande de contrôle judiciaire de la Fondation et ordonné l'annulation de toutes les nouvelles cotisations établies sur la foi des renseignements obtenus par suite de la demande faite en 2003. Il a statué que les par. 231.2(2) et 231.2(3) avaient pour objet « de protéger les tiers contre la communication de renseignements sur leurs activités par d'autres personnes soumises à une vérification du ministre, qui utiliserait ensuite ces renseignements à des fins d'imposition » (par. 14).

[8] Puisque certains éléments de preuve tendaient à prouver que l'ARC avait utilisé les renseignements obtenus de la Fondation pour communiquer avec des donateurs concernant l'établissement de nouvelles cotisations, le juge Hughes était d'avis que la demande faite en 2003 était visée par les par. 231.2(2) et 231.2(3). Il a donc conclu à l'illégalité de la demande et de l'utilisation des renseignements par l'ARC sans autorisation judiciaire préalable.

[9] Le juge Hughes a conclu que l'al. 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, qui habilite notamment la Cour fédérale à « infirmer [. . .] prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance [. . .] ou [. . .] acte », lui confère le pouvoir d'empêcher le ministre d'agir sur la foi de renseignements obtenus illégalement. À son avis, le mot « décision » est « suffisamment général pour englober les actes commis à la suite de l'acte illégal initial » (par. 22). C'est sur ce raisonnement qu'il s'est fondé pour annuler les nouvelles cotisations.

B. *Federal Court of Appeal*, [2007] 3 F.C.R. 40, 2006 FCA 325

[10] Pelletier J.A., writing for a unanimous court, allowed the Minister's appeal, set aside the order of the Federal Court and dismissed the application for judicial review. Pelletier J.A. looked to other provisions of the *Income Tax Act* to inform his interpretation of s. 231.2(2). In particular, he relied on s. 230(1), which requires taxpayers to keep records that will enable the Minister to determine taxes payable under the Act. In addition, he considered s. 230(2), which identifies information that is specifically required to be kept by charities, and held that the information at issue was covered by this provision. When combined with the Minister's general audit powers under s. 231.1(1), Pelletier J.A. surmised that these provisions provided sufficient authority for the CRA's 2003 request. As he explained:

If the auditor is entitled to obtain information by means of his own examination of the Foundation's books and records, I can think of no principle which would require him to obtain a court order before asking for the Foundation's assistance in obtaining the very same information. [para. 37]

[11] Pelletier J.A. rejected the CRA's use of the information to reassess the Foundation's donors as a valid concern. In his view, given the reciprocity of tax treatment between a charity and its donors, the CRA had a valid interest in reviewing the tax returns of the Foundation's donors based on its audit of the Foundation and its conclusion that many donations were not eligible for deduction.

### III. Statutory Interpretation

[12] The case before us, first and foremost, is one of statutory construction. The main section at issue is s. 231.1(1) which gives the Minister a broad power to inspect, audit and examine taxpayers' records. This is the section that the Minister and

B. *Cour d'appel fédérale*, [2007] 3 R.C.F. 40, 2006 CAF 325

[10] Le juge Pelletier, dans des motifs unanimes, a accueilli l'appel du ministre, annulé l'ordonnance de la Cour fédérale et rejeté la demande de contrôle judiciaire. Il a examiné d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour interpréter le par. 231.2(2). Il s'est fondé plus particulièrement sur le par. 230(1), qui exige que les contribuables tiennent des registres permettant au ministre d'établir le montant de l'impôt payable en vertu de la Loi. Il a de plus tenu compte du par. 230(2), qui précise les renseignements que les organismes de bienfaisance sont spécifiquement tenus de consigner, et il a conclu que ce paragraphe visait les renseignements en cause. Selon le juge Pelletier, ces dispositions, combinées au pouvoir général de vérification conféré au ministre par le par. 231.1(1), octroieraient à l'ARC un pouvoir assez étendu pour valider sa demande faite en 2003. Il explique ainsi son opinion :

Si le vérificateur peut obtenir les renseignements en examinant lui-même les livres et registres de la Fondation, je ne connais aucun principe qui l'obligerait à solliciter une ordonnance judiciaire avant de demander l'aide de la Fondation pour obtenir exactement les mêmes renseignements. [par. 37]

[11] De l'avis du juge Pelletier, l'utilisation des renseignements par l'ARC pour l'établissement de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs de la Fondation ne posait pas réellement problème. Il estimait que, compte tenu de la réciprocité du traitement fiscal de l'organisme de bienfaisance et de ses donateurs, l'ARC avait un intérêt légitime à examiner les déclarations de revenus des donateurs sur la base de sa vérification de la Fondation et de sa conclusion que de nombreux dons ne donnaient pas droit à une déduction.

### III. L'interprétation de la loi

[12] Le pourvoi tient, d'abord et avant tout, à une question d'interprétation législative. La principale disposition en cause est le par. 231.1(1), qui confère au ministre un vaste pouvoir d'inspection, de vérification et d'examen des registres des contribuables.



the Federal Court of Appeal relied on as authorizing the Minister to obtain without judicial authorization the names of donors to the Foundation:

**231.1** (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, . . .

[13] On its face, this section covers the situation at bar. It authorizes the Minister to examine “information that is or should be” in the Foundation’s books. The information at issue regarding third party taxpayers who had contributed to the Foundation was either in the Foundation’s books, or “should” have been in its books pursuant to the broad record-keeping requirements created by s. 230(2):

**230. . . .**

(2) Every registered charity and registered Canadian amateur athletic association shall keep records and books of account at an address in Canada recorded with the Minister or designated by the Minister containing

(a) information in such form as will enable the Minister to determine whether there are any grounds for the revocation of its registration under this Act;

(b) a duplicate of each receipt containing prescribed information for a donation received by it; and

(c) other information in such form as will enable the Minister to verify the donations to it for which a deduction or tax credit is available under this Act.

The Minister led unchallenged evidence to the effect that the information it sought identifying the

Il s’agit de la disposition sur laquelle se sont fondés la Cour d’appel fédérale et le ministre pour conclure que le ministre pouvait obtenir les noms des donateurs de la Fondation sans autorisation judiciaire.

**231.1** (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l’application et l’exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d’un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d’une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

[13] Au vu même de son libellé, cette disposition vise la situation dont il est question en l’espèce. Elle autorise le ministre à examiner les « renseignements qui figurent dans les livres [de la Fondation] [. . .] ou qui devraient y figurer ». Les renseignements en cause concernant des tiers, savoir les contribuables donateurs de la Fondation, se trouvaient dans les livres de la Fondation ou auraient dû y figurer conformément aux vastes exigences de tenue de registres établies par le par. 230(2) :

**230. . . .**

(2) Chaque organisme de bienfaisance enregistré et chaque association canadienne enregistrée de sport amateur doit tenir des registres et des livres de comptes à une adresse au Canada, enregistrée auprès du ministre ou désignée par lui, qui contiennent ce qui suit :

a) des renseignements sous une forme qui permet au ministre de déterminer s’il existe des motifs d’annulation de l’enregistrement de l’organisme ou de l’association en vertu de la présente loi;

b) un double de chaque reçu, renfermant les renseignements prescrits, visant les dons reçus par l’organisme ou l’association;

c) d’autres renseignements sous une forme qui permet au ministre de vérifier les dons faits à l’organisme ou à l’association et qui donnent droit à une déduction ou à un crédit d’impôt aux termes de la présente loi.

Le ministre a présenté une preuve non contestée selon laquelle les renseignements qu’il demandait

donors was necessary for determining whether the Foundation was issuing receipts not in accordance with the Act and, therefore, whether there were grounds to revoke its registration. It would seem to follow that by the combined effect of ss. 230(2)(a) and 231.1 of the Act, the Minister was entitled to information on those donors within the hands or power of the Foundation.

[14] The first argument of the appellant is that the principles of statutory construction require the Court to read s. 231.1(1) as not permitting access to any third party records without judicial authorization. It was raised that s. 231.2 would serve no purpose if s. 231.1 were read as authorizing the Minister to obtain information on unnamed persons (i.e. the contributors or “third parties” in this case). Therefore, s. 231.1(1) cannot be read as applying to information about unnamed persons, and a warrant is required before examining information about donors to the Foundation.

[15] Statutory provisions must be interpreted in a textual, contextual and purposive way, and all sections of a related group of provisions should be given coherent meaning if possible. But, we do not accept the argument that s. 231.2 serves no purpose if s. 231.1 is read as authorizing the Minister to obtain information on unnamed third parties during the audit of a taxpayer. The Minister may well need to obtain information about one or more taxpayers outside the context of a formal audit. Section 231.2 responds to this need, subject to a requirement for judicial authorization if the Minister is seeking information relating to unnamed persons from a third party record holder. It follows that the argument that s. 231.1(1) should be read down to avoid redundancy fails.

et qui identifiaient les donateurs étaient nécessaires pour déterminer si la Fondation délivrait des reçus non conformes à la Loi et, par conséquent, s’il existait des motifs d’annulation de son enregistrement. Il semblerait donc logique d’inférer que l’effet combiné de l’al. 230(2)a) et de l’art. 231.1 de la Loi permettait au ministre d’exiger les renseignements que la Fondation détenait ou pouvait obtenir sur ces donateurs.

[14] Selon le premier argument de l’appelante, les principes d’interprétation législative exigent que la Cour interprète le par. 231.1(1) comme ne permettant pas l’accès aux dossiers des tiers sans autorisation judiciaire. On a soutenu que l’art. 231.2 ne servirait à rien si l’art. 231.1 était interprété comme autorisant le ministre à obtenir des renseignements sur des personnes non désignées nommément (savoir sur les donateurs ou les « tiers » en l’espèce). Ainsi, le paragraphe 231.1(1) ne saurait s’appliquer aux renseignements concernant les personnes non désignées nommément et un mandat serait requis pour l’examen des renseignements concernant les donateurs de la Fondation.

[15] Les dispositions législatives doivent recevoir une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique et, si possible, il faut donner un sens cohérent à un ensemble de dispositions connexes. Toutefois, nous n’acceptons pas l’argument selon lequel l’art. 231.2 perd toute son utilité si l’art. 231.1 est interprété comme autorisant le ministre à obtenir des renseignements sur des tiers non désignés nommément dans le cadre de la vérification d’un contribuable. Le ministre peut très bien avoir besoin d’obtenir des renseignements sur un ou plusieurs contribuables en dehors du contexte d’une vérification formelle. L’article 231.2 répond à ce besoin, sous réserve de l’exigence d’obtenir une autorisation judiciaire dans les cas où le ministre demande, à un tiers qui tient des registres, des renseignements concernant des personnes non désignées nommément. L’argument selon lequel le par. 231.1(1) devrait recevoir une interprétation atténuée pour éviter la redondance échoue donc.

IV. The Purpose of Requesting the Donor List

[16] Another argument raised in support of the appeal is that judicial authorization was required because one of the purposes the CRA was pursuing in obtaining the donor list was to reassess the Foundation's donors. In our opinion, however, the facts of this case confirm that the CRA needed the list to investigate its suspicions regarding the legitimacy of the FLP. The reassessment of the Foundation's donors is just a logical consequence of the CRA's suspicion that the FLP was not a valid charitable program.

[17] Upon concluding its audit in 2003 regarding the 2001 and 2002 taxation years, the CRA informed the Foundation of its findings as follows:

In our review of the Transmittal Forms, a list of donors and the list of students receiving the forgivable loans, we found that in the majority of cases the students solicited funds for the FLP from their own parents. The students then received 90% of the parents' gifts under the FLP to pay for their tuition and related costs. The parents receive a charitable donation receipt for income tax purposes for 100% of the gift amount and their child-student receives a tuition receipt for the applicable portion of their loan . . . .

For the reasons listed above, there may be grounds to revoke the organization's status as a registered charity. [Emphasis added; C.A. reasons, at para. 9.]

The above quotation confirms that the CRA reviewed the donor list, along with the transmittal forms and a list of students benefiting from the FLP, in order to assess the validity of the Foundation's status as a registered charity. The CRA used the donor list to shed light on the links between donors and students, which were the very subject of its investigation of the Foundation and of the validity of the Foundation's charitable status. Regardless

IV. Le but de la demande de communication de la liste des donateurs

[16] Selon un autre argument invoqué au soutien de l'appel, l'autorisation judiciaire était requise parce que l'un des buts dans lesquels l'ARC voulait obtenir la liste des donateurs était d'établir de nouvelles cotisations à leur égard. Or, selon nous, les faits de la présente affaire confirment que l'ARC avait besoin de la liste pour enquêter sur les soupçons qu'elle entretenait quant à la légitimité du PPRC. L'établissement de nouvelles cotisations pour les donateurs de la Fondation ne constitue qu'une conséquence logique des soupçons de l'ARC voulant que le PPRC ne soit pas un programme de bienfaisance valide.

[17] Au terme de la vérification qu'elle a menée en 2003 relativement aux années d'imposition 2001 et 2002, l'ARC a communiqué ses conclusions à la Fondation dans les termes suivants :

[TRADUCTION] L'examen des formulaires de transmission, d'une liste de donateurs et de la liste des étudiants bénéficiaires d'un prêt à remboursement conditionnel nous a permis d'établir que, dans la majorité des cas, les étudiants ont fait une demande, dans le cadre du PPRC, en vue d'obtenir des fonds de leurs propres parents. Les étudiants recevaient ensuite 90 p. 100 du don des parents en vertu du PPRC pour payer leurs frais de scolarité et les frais connexes. Les parents reçoivent un reçu pour don de bienfaisance aux fins de l'impôt sur le revenu pour 100 p. 100 du montant versé en don et leur enfant aux études reçoit un reçu de frais de scolarité pour la partie du prêt applicable . . . .

Eu égard aux motifs énumérés précédemment, il peut être justifié de révoquer le statut d'organisme de bienfaisance enregistré de la Fondation. [Nous soulignons; motifs de la C.A., par. 9.]

La citation qui précède confirme que l'ARC a examiné la liste des donateurs, tout comme les formulaires de transmission et une liste des étudiants bénéficiaires du PPRC, afin d'évaluer la validité du statut d'organisme de bienfaisance enregistré de la Fondation. L'ARC s'est servie de la liste des donateurs pour clarifier les liens entre ces derniers et les étudiants, liens que visait précisément son enquête sur la Fondation et sur la

of whether the donor list was used by the CRA in pursuing its audits of the donors themselves, the CRA clearly had a valid purpose in requesting and using the information to complete its audit of the Foundation.

[18] The position of the appellant would require the CRA to obtain judicial authorization whenever it has as even one of its purposes the reassessment of unnamed persons. This approach would compel the CRA to obtain judicial authorization to access the records of practically any charity it chooses to audit. When a charity is audited, we presume that it will generally be to review the validity of the organization's charitable status and/or the legitimacy of the donations it receives. Such a review will always entail a possibility, depending on the outcome of the initial investigation, that the donors will be investigated and, ultimately, reassessed. It is therefore unclear under what circumstances the CRA would be able to audit a charity *without* having to obtain judicial authorization to review information pertaining to the charity's donors. We find it hard to imagine how this test would be workable in practice other than by requiring the CRA to obtain judicial authorization every time it audits a charity.

[19] In addition to audits of charities, this approach would potentially require judicial authorization in a variety of other circumstances. Given the reciprocal nature of many tax arrangements, where a suspicion arises that one taxpayer is not complying with the Act, there may often be a corresponding suspicion that there are others who are not complying in regard to the same transactions. Presumably, the CRA may, in auditing the first taxpayer, obtain information pertaining to other taxpayers, and it may reassess those other taxpayers

validité du statut de la Fondation comme organisme de bienfaisance. Que l'ARC ait utilisé ou non la liste des donateurs pour la vérification des donateurs eux-mêmes, elle avait manifestement un motif légitime de demander et d'utiliser les renseignements pour effectuer sa vérification de la Fondation.

[18] Selon le point de vue de l'appelante, l'ARC serait tenue d'obtenir une autorisation judiciaire chaque fois que l'un de ses objectifs consiste à établir de nouvelles cotisations à l'égard de personnes non désignées nommément. Cette approche obligerait l'ARC à obtenir une autorisation judiciaire pour avoir accès aux registres de pratiquement tous les organismes de bienfaisance qu'elle choisit de soumettre à une vérification. Lorsqu'un organisme de bienfaisance fait l'objet d'une vérification, nous présumons que celle-ci servira généralement à examiner la validité de son statut d'organisme de bienfaisance ou la légitimité des dons qu'elle reçoit. Un tel examen entraînera toujours une possibilité que les donateurs fassent l'objet d'une enquête, selon l'issue de l'enquête initiale, et qu'une nouvelle cotisation soit ultimement établie à leur égard. Les circonstances dans lesquelles l'ARC pourrait procéder à la vérification d'un organisme de bienfaisance *sans* avoir à obtenir une autorisation judiciaire pour examiner les renseignements concernant ses donateurs sont donc nébuleuses. Il nous semble difficile d'imaginer comment on pourrait appliquer ce test en pratique autrement qu'en exigeant de l'ARC qu'elle obtienne une autorisation judiciaire chaque fois qu'elle procède à la vérification d'un organisme de bienfaisance.

[19] En plus de s'appliquer aux vérifications des organismes de bienfaisance, cette approche pourrait rendre l'obtention d'une autorisation judiciaire obligatoire dans une multitude d'autres circonstances. En effet, vu le caractère réciproque de nombreux arrangements fiscaux, le fait de soupçonner un contribuable de contrevenir à la Loi peut provoquer des soupçons contre d'autres contribuables au sujet de la possibilité de contraventions correspondantes relativement aux mêmes opérations. Ainsi, en procédant à la vérification du premier

as a result. Judicial authorization would therefore be required.

[20] Returning to the issue of charities, we share the concerns of the Federal Court of Appeal regarding the ability of the CRA to review the records that charities are legally required to maintain. Section 230(2), as mentioned, requires registered charities to keep certain records. Section 230(2)(c) specifically requires a registered charity to keep records containing

other information in such form as will enable the Minister to verify the donations to it for which a deduction or tax credit is available under this Act.

Under s. 230(3), where adequate records have not been kept, the Minister may require a charity to keep such records, as was done in this case. The donor list was used, in conjunction with the records the Foundation was specifically ordered to keep by the CRA, to assess the validity of the FLP. In our opinion, the donor list was clearly the type of record the Foundation was required to keep pursuant to s. 230(2). In the words of Pelletier J.A.: “The maintenance of books and records would not assist in monitoring compliance with the Act if the Minister was not able to consult those books and records” (para. 31). It would be illogical to require a charity to keep records to enable the CRA to verify the legitimacy of its donations, but then require the CRA to obtain judicial authorization in order to review those records. Judicial authorization would not serve any useful purpose in such circumstances.

[21] In the instant case, another difficulty resulted from the fact that it was apparently necessary to identify the donors in order to assess the validity of the charity itself. The CRA suspected that the FLP was not a valid charitable program because of the relationship between the donors and the beneficiaries (the students). This suspicion could not be

contribuable, l’ARC pourrait vraisemblablement obtenir des renseignements concernant les autres contribuables et établir, en conséquence, de nouvelles cotisations à leur égard. L’ARC serait alors tenue d’obtenir une autorisation judiciaire.

[20] Pour revenir aux organismes de bienfaisance, nous partageons les préoccupations de la Cour d’appel fédérale quant à la capacité de l’ARC d’examiner les registres que la Loi les contraint à tenir. Comme nous l’avons mentionné, le par. 230(2) oblige les organismes de bienfaisance enregistrés à tenir certains registres. L’alinéa 230(2)c exige spécifiquement qu’un organisme de bienfaisance enregistré tienne des registres qui contiennent

d’autres renseignements sous une forme qui permet au ministre de vérifier les dons faits à l’organisme ou à l’association et qui donnent droit à une déduction ou à un crédit d’impôt aux termes de la présente loi.

Aux termes du par. 230(3), lorsqu’un organisme de bienfaisance n’a pas tenu les registres voulus, le ministre peut lui enjoindre de les tenir, comme ce fut le cas en l’espèce. La liste des donateurs a été utilisée, en corrélation avec les registres que l’ARC avait spécifiquement contraint la Fondation à tenir, pour évaluer la validité du PPRC. À notre avis, la liste des donateurs appartenait manifestement au type de registres que la Fondation devait tenir aux termes du par. 230(2). Pour reprendre les propos du juge Pelletier : « La tenue des livres et registres n’aiderait pas à assurer le respect de la Loi si le ministre n’était pas en mesure de les consulter » (par. 31). Il serait illogique d’enjoindre à un organisme de bienfaisance de tenir des registres pour que l’ARC puisse vérifier la légitimité des dons qu’il reçoit, et d’exiger ensuite que l’ARC obtienne une autorisation judiciaire pour les examiner. Dans de telles circonstances, l’autorisation judiciaire n’aurait aucune utilité.

[21] En l’espèce, le fait qu’il était apparemment nécessaire d’identifier les donateurs pour juger de la validité de l’organisme de bienfaisance lui-même créait une autre difficulté. L’ARC doutait de la validité du PPRC comme programme de bienfaisance en raison des liens entre les donateurs et les bénéficiaires (les étudiants). L’ARC ne pouvait confirmer

confirmed without obtaining records indicating the identities both of the donors and of those benefiting from their donations.

[22] The s. 231.2(2) requirement should not apply to situations in which the requested information is required in order to verify the compliance of the taxpayer being audited. Regardless of whether or not there is a possibility or a probability that the audit will lead to the investigation of other unnamed taxpayers, the CRA should be able to obtain information it would otherwise have the ability to see in the course of an audit. The argument was made that if, during an audit, the records of the taxpayer record the identity of the other party to a transaction and the CRA requires nothing further, there is no need to resort to s. 231.2(2). However, it must be kept in mind that, in the instant case, the Foundation had not been keeping proper records. The illogical implication is that merely because the charity was not keeping proper records, the CRA is required to obtain judicial authorization even though those records, which would have included the very information the CRA is seeking, are ones that the CRA would ordinarily be able to review during an audit.

#### V. The Appellant's Policy Argument

[23] Another argument relied on by the appellant and accepted by Justice Rothstein is that reading s. 231.1(1) as conferring the right to obtain information about third parties in the course of an audit may lead to misuse of the audit power. Instead of seeking judicial authorization to obtain information about unnamed persons from a third party record holder, the Minister would simply audit the record holder.

[24] As mentioned above, s. 231.1(1) is broadly worded. It allows access to "information that is or should be in the books or records of the taxpayer". It thus gives access to information about third parties

ces doutes sans obtenir les registres où étaient indiquées l'identité à la fois des donateurs et des bénéficiaires de leurs dons.

[22] La restriction énoncée au par. 231.2(2) ne devrait pas s'appliquer aux situations où les renseignements demandés sont nécessaires pour vérifier que le contribuable visé par la vérification se conforme à la Loi. Qu'il existe ou non une possibilité ou une probabilité que la vérification donne lieu à une enquête concernant d'autres contribuables non désignés nommément, l'ARC devrait pouvoir obtenir les renseignements dont elle pourrait autrement prendre connaissance dans le cadre d'une vérification. On a fait valoir que le recours au par. 231.2(2) devient inutile si, au cours d'une vérification, les registres du contribuable révèlent l'identité de l'autre partie à une opération et que l'ARC n'exige rien de plus. Or, en l'espèce, il ne faut pas oublier que la Fondation n'avait pas tenu les registres voulus. Cela signifierait, contre toute logique, que l'ARC devrait obtenir une autorisation judiciaire simplement parce que l'organisme de bienfaisance ne tenait pas les registres voulus, et ce, même si ces registres — où auraient figuré précisément les renseignements que l'ARC cherchait à obtenir — sont de ceux que l'ARC pourrait normalement examiner dans le cadre d'une vérification.

#### V. L'argument de principe de l'appelante

[23] L'appelante s'est aussi fondée sur un autre argument — retenu par le juge Rothstein — selon lequel l'interprétation du par. 231.1(1) comme conférant le droit d'obtenir des renseignements concernant des tiers dans le cadre d'une vérification pourrait ouvrir la voie à un usage abusif du pouvoir de vérification. Plutôt que de solliciter une autorisation judiciaire pour obtenir, d'un tiers qui tient des registres, des renseignements concernant des personnes non désignées nommément, le ministre se contenterait de procéder à la vérification de ce tiers.

[24] Comme nous l'avons déjà mentionné, le par. 231.1(1) est libellé en termes généraux. Il permet l'accès « aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient

that is required to be kept by the taxpayer, as well as information that may not be required to be kept but happens to be in the taxpayer's records.

[25] It is true that the broad wording of s. 231.1(1) provides a powerful tool that may reveal a great deal of information about transactions between the taxpayer under audit and third parties. However, this is business information. Taxpayers have a very low expectation of privacy in their business records relevant to the determination of their tax liability: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

[26] The third party information at issue is directly tied to the operation of the Foundation and its status as a charity, receiving donations from third parties for which tax benefits are sought. The information was obtained by the Minister as part of a *bona fide* audit of the Foundation. A person who contributes to a charity can reasonably expect that if the charity is audited, the donor's contribution may be examined. Such a review will always raise the possibility that the donors will be investigated and ultimately reassessed.

[27] There remains a concern that the CRA may attempt to investigate unnamed taxpayers under the "guise" of an audit. Use of the word "guise" implies that the taxpayer being audited is not really suspected of non-compliance and that the unnamed persons are the real targets. However, if an organization's charitable program is not valid, then both the charity *and* any of its donors who claim tax credits are non-compliant. The CRA has a valid interest in investigating both. The same would be true of any other relationship involving reciprocal tax treatment. In our view, the risk seems minimal that the CRA would use its authority to audit a taxpayer who is not personally suspected of non-compliance merely

y figurer ». Il donne donc accès tant aux renseignements concernant des tiers que le contribuable est tenu de conserver, qu'à ceux que le contribuable n'est pas tenu de conserver, mais qui se trouvent dans ses registres.

[25] Certes, le libellé général du par. 231.1(1) fournit un outil puissant qui risque de dévoiler beaucoup de renseignements sur les opérations entre le contribuable visé par la vérification et des tiers. Il s'agit toutefois de renseignements commerciaux. Les attentes des contribuables en matière de protection de la vie privée demeurent très faibles en ce qui a trait à leurs registres commerciaux utiles à la détermination de leur assujettissement à l'impôt : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

[26] Les renseignements en cause concernant des tiers sont directement liés au fonctionnement de la Fondation et à son statut d'organisme de bienfaisance qui reçoit, de tiers, des dons assortis d'avantages fiscaux. Le ministre a obtenu ces renseignements dans le cadre d'une vérification dont le véritable objet était la Fondation. Une personne qui contribue à un organisme de bienfaisance peut raisonnablement s'attendre à ce que sa contribution puisse être examinée si l'organisme fait l'objet d'une vérification. Pareil examen emporte toujours la possibilité que le donateur fasse l'objet d'une enquête et qu'une nouvelle cotisation soit établie ultimement à son égard.

[27] Subsiste la crainte que l'ARC puisse tenter d'enquêter sur des contribuables non désignés nommément « sous le couvert » d'une vérification. L'expression « sous le couvert » suppose que le contribuable qui fait l'objet de la vérification n'est pas réellement soupçonné de contrevenir à la Loi et que les personnes non désignées nommément en sont les véritables cibles. Or, si le programme de bienfaisance d'un organisme n'est pas valide, *tant* l'organisme *que* tous ses donateurs qui réclament un crédit d'impôt contreviennent à la Loi. L'ARC a donc un intérêt légitime à enquêter sur chacun d'eux. Il en serait de même de toute autre relation impliquant un traitement fiscal réciproque. À notre avis, le risque que l'ARC utilise son pouvoir de

to investigate other unnamed taxpayers for non-compliance.

## VI. Remedy

[28] Given our conclusion that the CRA was not required to obtain judicial authorization in requesting and obtaining the donor list and related information, it is, strictly speaking, unnecessary to consider the issue of remedy for the purpose of disposing of this appeal. However, we feel that some comment is warranted on the Federal Court order granted by the applications judge, which vacated the reassessments of any donor who was identified to the CRA only by means of the information obtained as a result of the 2003 request. We agree with Rothstein J. that the Federal Court does not have the jurisdiction to order the Minister of National Revenue to vacate tax assessments. Where a taxpayer has concerns regarding certain evidence being used against him for the purposes of reassessment, the proper venue to challenge its admissibility is the Tax Court of Canada.

[29] For these reasons, we would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

[30] ROTHSTEIN J. (dissenting in part) — I have read the reasons of the Chief Justice and LeBel J. but I am unable to concur. In my respectful view, s. 231.2(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), was intended to provide some restraint on the broad unilateral authority of the Canada Revenue Agency (“CRA”). The relevant provisions of the Act should be read in a manner that gives meaning to that section. I would allow the appeal. The relevant provisions of the Act have been reproduced in the reasons of the majority.

vérifier un contribuable qui n'est pas personnellement soupçonné de contrevenir à la Loi simplement pour enquêter sur la conformité des agissements d'autres contribuables non désignés nommément est minime.

## VI. Le recours

[28] Compte tenu de notre conclusion selon laquelle l'ARC n'était pas tenue d'obtenir d'autorisation judiciaire pour exiger et obtenir la liste des donateurs et les renseignements connexes, il n'est pas nécessaire, à strictement parler, d'examiner la question du recours approprié pour trancher le pourvoi. Toutefois, nous croyons opportun de formuler certains commentaires sur l'ordonnance de la Cour fédérale, rendue par le juge des requêtes, qui a annulé les nouvelles cotisations de tous les donateurs dont l'identité a été révélée à l'ARC uniquement grâce aux renseignements obtenus par suite de sa demande faite en 2003. Nous souscrivons à l'opinion du juge Rothstein selon laquelle la Cour fédérale n'a pas compétence pour ordonner au ministre du Revenu national d'annuler les cotisations fiscales. Lorsqu'un contribuable craint que certains éléments de preuve soient utilisés contre lui pour l'établissement d'une nouvelle cotisation, il doit s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt pour en contester l'admissibilité.

[29] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Rothstein rendus par

[30] LE JUGE ROTHSTEIN (dissident en partie) — J'ai lu les motifs de la Juge en chef et du juge LeBel, mais je ne puis souscrire à leur opinion. À mon humble avis, le par. 231.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« Loi »), visait à restreindre dans une certaine mesure le vaste pouvoir unilatéral de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »). Les dispositions pertinentes de la Loi devraient recevoir une interprétation qui donne un sens à cet article. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites dans les motifs des juges majoritaires.



[31] There is no doubt that broad power has been conferred on the CRA in respect of its audit of taxpayers. (Under s. 248(1) of the *Income Tax Act*, the definition of “taxpayer” includes “any person whether or not liable to pay tax” and this includes charitable organizations such as the Redeemer Foundation (“Foundation”).) Under s. 231.1(1), an authorized person may, for any purpose related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*, inspect, audit or examine books and records of a taxpayer. The CRA may require any documents of the taxpayer and any other person that may relate to information that is or should be in the books and records of the taxpayer.

[32] Under s. 230(1), every person carrying on business and every person required to pay tax shall keep records and books of account in such form and containing such information as will enable the taxes payable to be determined.

[33] The requirement on charities to keep records and books is specifically dealt with under s. 230(2). Every registered charity is required to keep records and books containing information that will enable the CRA to determine if there are any grounds for revocation of the charity’s registration, a duplicate of each receipt for a donation containing prescribed information and other information as will enable the CRA to verify the donation for which deductions or tax credits are available.

[34] Under s. 230(3), where adequate records and books have not been kept, the CRA may require that the books and records shall be kept as specified by it.

[35] Read in isolation, these provisions might be interpreted as empowering the CRA, in addition to conducting an audit of a taxpayer at any reasonable time, to require such information to be kept as would enable the CRA to obtain the names of unnamed persons. However, these provisions must

[31] Il ne fait aucun doute que l’ARC dispose d’un vaste pouvoir de vérification des contribuables. (Suivant le par. 248(1) de la Loi, sont comprises dans la définition de « contribuables » « toutes les personnes, même si elles ne sont pas tenues de payer l’impôt », ce qui inclut les organismes de bienfaisance tels que la Redeemer Foundation (« Fondation ».) Selon le par. 231.1(1), une personne autorisée peut, pour l’application et l’exécution de la Loi, inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d’un contribuable. L’ARC peut exiger tous documents du contribuable ou d’une autre personne qui peuvent se rapporter aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer.

[32] Selon le par. 230(1), quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé de payer des impôts doit tenir des registres et des livres de comptes, dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d’établir le montant des impôts payables.

[33] L’obligation pour les organismes de bienfaisance de tenir des registres et des livres de comptes est prévue expressément au par. 230(2). Chaque organisme de bienfaisance enregistré doit tenir des registres et des livres de comptes qui contiennent : des renseignements qui permettent à l’ARC de déterminer s’il existe des motifs d’annulation de l’enregistrement de l’organisme; un double de chaque reçu, renfermant les renseignements prescrits, visant les dons reçus; d’autres renseignements qui permettent à l’ARC de vérifier les dons qui donnent droit à des déductions ou à des crédits d’impôt.

[34] Selon le par. 230(3), l’ARC peut enjoindre à une personne qui n’a pas tenu les registres et livres de comptes voulus de tenir ceux qu’elle spécifie.

[35] Prises isolément, ces dispositions peuvent être interprétées comme conférant à l’ARC non seulement le pouvoir de procéder à une vérification des livres et registres d’un contribuable à tout moment raisonnable, mais également celui d’exiger la conservation des renseignements qui lui

be interpreted having regard to other relevant provisions of the Act. In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 10, the Chief Justice and Major J. stated:

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. [Emphasis added.]

[36] Here the other relevant provision is s. 231.2. Under s. 231.2(1),

the Minister may . . . for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, . . . require that any person provide . . .

(a) any information or additional information . . . or

(b) any document.

Section 231.2(1) must be interpreted as providing the CRA with additional power to what it is given under ss. 230 and 231.1. If it did not provide additional power, it would be unnecessary. Parliament does not intend to enact pointless legislation. As stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27,

a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile . . . .

[37] The CRA's audit and inspection powers under ss. 230 and 231.1 cannot be as wide as the majority asserts because such interpretation would ignore and give no meaning to s. 231.2. However, the additional power given to the CRA under s. 231.2(1), although very broad, is not itself unlimited. It is made subject to s. 231.2(2) which provides that the CRA shall not under s. 231.2(1) impose a requirement for information or documents relating to unnamed persons unless it first obtains judicial authorization.

permettraient d'obtenir les noms des personnes non désignées nommément. Cependant, elles doivent être interprétées à la lumière des autres dispositions pertinentes de la Loi. Dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, la Juge en chef et le juge Major ont affirmé, au par. 10 :

L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. [Je souligne.]

[36] En l'espèce, l'autre disposition législative pertinente est l'art. 231.2, dont le par. (1) prévoit :

. . . le ministre peut [. . .] pour l'application et l'exécution de la présente loi [. . .] exiger d'une personne . . .

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire . . .

b) qu'elle produise des documents.

Le paragraphe 231.2(1) doit être interprété comme conférant à l'ARC un pouvoir supplémentaire à ceux que lui confèrent les art. 230 et 231.1. Autrement, il serait inutile. Le législateur ne saurait avoir l'intention d'adopter une disposition législative qui n'a aucun effet. Comme l'affirme la Cour dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27 :

. . . on peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile . . . .

[37] Les pouvoirs de vérification et d'inspection conférés à l'ARC par les art. 230 et 231.1 ne peuvent être aussi vastes que les juges majoritaires le prétendent, car une telle interprétation ferait abstraction de l'art. 231.2 et le dépouillerait de tout sens. Toutefois, même s'il est très vaste, le pouvoir supplémentaire conféré à l'ARC par le par. 231.2(1) n'est pas illimité. Il est subordonné au par. 231.2(2), qui interdit à l'ARC d'exiger de quiconque la fourniture de renseignements ou la production de documents prévue au par. 231.2(1) concernant des personnes non désignées nommément, sans y être préalablement autorisée par un juge.

[38] Under the majority's interpretation and that of the Court of Appeal, the CRA could always avoid s. 231.2(2) by requesting information pertaining to unnamed persons in the exercise of its audit power of the taxpayer it was asking to provide that information. That would leave to the discretion of the CRA whether it wished to proceed by way of audit or judicial authorization to obtain information or documents relating to unnamed persons. That would render s. 231.2(2), a taxpayer protection provision, at best, a feeble requirement and, at worst, totally ineffective.

[39] At para. 15, the majority states that the argument that s. 231.1(1) should be read down to avoid redundancy fails. With respect, the notion of reading down is misplaced. What is required is to interpret provisions of the Act that bear upon each other to be coherent when read together. The question here is whether, in the exercise of its authority to audit, the CRA may avoid s. 231.2(2). The majority's approach would eliminate the need for s. 231.2(2) entirely whenever the CRA is auditing a taxpayer. Nothing in the Act suggests such a restricted application of s. 231.2(2).

[40] I think the difference between ss. 230 and 231.1 on the one hand and s. 231.2 on the other is that under ss. 230 and 231.1, the focus is on the taxpayer's compliance with the Act and the ability of the CRA to ensure that under a self-reporting system, it may seek and obtain information that will enable it to ensure such compliance or determine non-compliance by the taxpayer. Under s. 231.2, the information and documents sought by the CRA, with a judge's authorization when necessary and otherwise without it, may be seen as enhancing the CRA's audit power of the taxpayer, but may also be for other purposes such as dealing

[38] Selon l'interprétation des juges majoritaires et de la Cour d'appel, l'ARC pourrait toujours échapper à l'application du par. 231.2(2) en exigeant des renseignements concernant des personnes non désignées nommément dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de vérification du contribuable à qui elle demande de fournir ces renseignements. L'ARC aurait donc entière discrétion pour décider soit de procéder par voie de vérification soit de demander une autorisation judiciaire pour obtenir des renseignements ou des documents se rapportant à des personnes non désignées nommément. Le paragraphe 231.2(2), qui vise à protéger le contribuable, n'aurait plus, au mieux, qu'un effet très limité et, au pire, absolument aucun effet.

[39] Au paragraphe 15 de leurs motifs, les juges majoritaires affirment que l'argument selon lequel le par. 231.1(1) devrait recevoir une interprétation atténuée pour éviter la redondance échoue. Avec égards, j'estime que la notion d'interprétation atténuée est hors de propos. Il faut plutôt interpréter les dispositions interreliées de la Loi de sorte qu'elles forment un tout cohérent lorsqu'elles sont lues conjointement. Il s'agit ici de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir de vérification, l'ARC peut se soustraire à l'application du par. 231.2(2). L'approche des juges majoritaires rendrait le par. 231.2(2) totalement inutile dans le contexte de la vérification d'un contribuable par l'ARC. Rien dans la Loi ne donne à croire qu'il faille appliquer le par. 231.2(2) aussi restrictivement.

[40] J'estime que la différence entre les art. 230 et 231.1, d'une part, et l'art. 231.2, d'autre part, réside dans ce qui suit : les art. 230 et 231.1 mettent l'accent sur le respect de la Loi par le contribuable et sur la capacité pour l'ARC, dans le contexte d'un système d'autodéclaration, de demander et d'obtenir des renseignements qui lui permettent de s'assurer de ce respect ou de conclure au non-respect de la Loi par le contribuable. Le pouvoir que l'art. 231.2 confère à l'ARC d'exiger des renseignements et documents — avec l'autorisation d'un juge, au besoin, sinon sans cette autorisation — peut être vu comme un accroissement de son pouvoir de

with non-payment and obtaining information about unnamed persons.

[41] Where the CRA seeks information or documents for a purpose other than compliance by the taxpayer with the Act that may be determined through audit, it is acting outside ss. 230 and 231.1. If what the CRA seeks pertains to unnamed persons, judicial authorization is required.

[42] As a result of the audit of the Foundation and Redeemer University College for the 1997 fiscal year, which apparently raised concerns for the CRA, letters were written on July 10, 2000 to donors to the Foundation proposing to reassess and disallow credits for donations associated with the Forgivable Loan Program (“FLP”) for students of the College. It would thus appear that as early as July 2000, if not before, it was the CRA’s intent to reassess donors associated with the FLP. During subsequent audits, books and records were required under s. 230(3), and information and documents were requested to enable the CRA to reassess donors for subsequent years.

[43] In my opinion, once the CRA wished to obtain the names of and information about unnamed persons, it was required to first obtain judicial authorization under s. 231.2(2). It could not avoid the necessity of obtaining that authorization by issuing a requirement under s. 230(3). Further, I agree with Hughes J., the applications judge, that the necessity of judicial authorization could not be avoided by making a verbal or informal request for the information ([2006] 1 F.C.R. 416, 2005 FC 1361).

[44] Whether information and documents were required for the sole purpose of obtaining

vérification d’un contribuable, mais il peut aussi servir à d’autres fins, par exemple, à prendre des mesures en cas de non-paiement et à obtenir des renseignements concernant des personnes non désignées nommément.

[41] Lorsque l’ARC cherche à obtenir des renseignements ou des documents dans un but autre que celui de s’assurer que le contribuable respecte la Loi, ce qu’elle pourrait déterminer par une vérification, elle outrepassé les pouvoirs que lui confèrent les art. 230 et 231.1. Si ce que cherche l’ARC se rapporte à des personnes non désignées nommément, elle doit obtenir une autorisation judiciaire.

[42] Par suite de la vérification de la Fondation et du Redeemer University College pour l’année d’imposition 1997, qui semble avoir éveillé les soupçons de l’ARC à certains égards, cette dernière a écrit aux donateurs de la Fondation, le 10 juillet 2000, pour leur faire part de son intention d’établir de nouvelles cotisations et de refuser les crédits d’impôt pour les dons qu’ils avaient faits au Programme des prêts à remboursement conditionnel (« PPRC ») à l’intention d’étudiants du Collège. Il semblerait donc que, dès juillet 2000, si ce n’est plus tôt, l’ARC voulait établir de nouvelles cotisations à l’égard des donateurs associés au PPRC. Lors de vérifications subséquentes, elle a exigé des livres et registres en vertu du par. 230(3). Elle a aussi demandé des renseignements et des documents en vue d’établir de nouvelles cotisations à l’égard des donateurs pour les années subséquentes.

[43] À mon avis, dès lors que l’ARC a souhaité obtenir les noms de personnes non désignées nommément ainsi que des renseignements à leur sujet, elle était tenue d’obtenir au préalable une autorisation judiciaire conformément au par. 231.2(2). Elle ne pouvait se soustraire à la nécessité d’obtenir cette autorisation en formulant une demande en vertu du par. 230(3). En outre, je suis d’accord avec le juge Hughes, juge des requêtes, pour dire que l’ARC ne pouvait pas non plus se soustraire à cette exigence en demandant les renseignements verbalement ou de manière informelle ([2006] 1 R.C.F. 416, 2005 CF 1361).

[44] Que l’ARC ait demandé des renseignements et des documents dans le seul but d’obtenir de

information about unnamed persons, or the dual purpose of auditing the Foundation and obtaining information about the unnamed persons, the CRA was obligated to comply with s. 231.2(2).

[45] The CRA argues that the Foundation was required to maintain the information it sought for purposes of its audit. It says it would be unreasonable and impractical to require the CRA to have to obtain judicial authorization just because there may be a chance that unnamed persons may be disclosed in the information of the taxpayer it is auditing. It says it audits or examines close to 400,000 returns in a year. Since it is entitled to the information for purposes of the audit, no useful purpose would be served by requiring it to obtain judicial authorization for information pertaining to unnamed persons.

[46] I agree that it would be unreasonable and impractical to require the CRA to obtain judicial authorization just because there may be a possibility that the names of persons other than the taxpayer may be disclosed in the information of the taxpayer it is auditing. But that is not this case. In this case, the CRA had decided in July 2000 or earlier that it intended to reassess donors, but needed more information before it could do so. This is not a case where the information needed to reassess donors was entirely within the records when the CRA's purpose was solely the audit of the Foundation. When the CRA forms the intention to ask for information pertaining to or identifying unnamed persons to verify their compliance with the Act, judicial authorization must be obtained.

[47] I accept that the CRA audits and inspects almost 400,000 returns each year, but its own practices indicate that obtaining judicial authorization should not be unduly burdensome. The CRA

l'information concernant des personnes non désignées nommément, ou dans le double but de vérifier les livres et registres de la Fondation et d'obtenir des renseignements concernant des personnes non désignées nommément, elle devait se conformer au par. 231.2(2).

[45] L'ARC soutient que la Fondation devait conserver les renseignements demandés pour les besoins de sa vérification. Selon elle, il serait déraisonnable et irréaliste d'exiger qu'elle obtienne une autorisation judiciaire simplement parce que les renseignements sur le contribuable visé par la vérification pourraient risquer de révéler les noms de personnes non désignées nommément. L'ARC affirme vérifier ou examiner annuellement près de 400 000 déclarations. Puisqu'elle a droit aux renseignements pour les besoins de la vérification, son obligation d'obtenir au préalable une autorisation judiciaire pour demander des renseignements concernant des personnes non désignées nommément ne servirait aucune fin utile.

[46] Je conviens qu'il serait déraisonnable et irréaliste d'exiger que l'ARC obtienne une autorisation judiciaire simplement parce que les noms de personnes autres que le contribuable visé par la vérification pourraient figurer dans les renseignements du contribuable. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'espèce, l'ARC avait décidé en juillet 2000, si ce n'est plus tôt, d'établir de nouvelles cotisations à l'égard de donateurs, mais pour ce faire, il lui fallait obtenir plus de renseignements. Il ne s'agit pas d'un cas où les renseignements nécessaires pour établir de nouvelles cotisations à l'endroit de certains donateurs figuraient entièrement dans les registres consultés par l'ARC dans le seul but de procéder à une vérification de la Fondation. Lorsque l'ARC a l'intention de demander des renseignements concernant ou identifiant des personnes non désignées nommément afin de vérifier si elles se conforment à la Loi, elle doit obtenir une autorisation judiciaire.

[47] Je comprends que l'ARC vérifie et inspecte chaque année près de 400 000 déclarations, mais ses propres pratiques indiquent que l'obtention d'une autorisation judiciaire ne devrait pas lui

has issued “Requirement Guidelines” which outline steps to be taken to obtain information during an audit when information considered necessary by the CRA is not voluntarily forthcoming. The Guidelines segment when a requirement under s. 231.2(1) may be issued and when a requirement under s. 231.2(2), judicial authorization, is necessary.

[48] At para. 20, the Chief Justice and LeBel J. state that “[i]t would be illogical to require a charity to keep records to enable the CRA to verify the legitimacy of its donations, but then require the CRA to obtain judicial authorization in order to review those records.” I do not say that if a taxpayer is required to maintain records, that the CRA cannot see those records without judicial authorization. The distinction I do make is in circumstances in which the CRA has formed the intent to obtain information pertaining to compliance of specific but unnamed persons and requires the charity to maintain books and records or requests the charity to provide information so that the CRA can obtain the information and names of the unnamed persons. In such cases, it must obtain judicial authorization.

[49] The majority also says that s. 231.2(2) should not apply in situations where the information requested is required to verify compliance by the audited taxpayer when that taxpayer has not been keeping “proper records”. They say that the illogical implication is that the CRA must obtain judicial authorization merely because the taxpayer did not maintain proper records. Here the Foundation had not been asked to keep transmittal records until November 1999. At the same time, the CRA stated that it would “disallo[w] the deductions to parents on their individual income tax returns if the Charity fails to cease this practice” (participation in the FLP). There is no indication, other than the CRA’s specific request that the Foundation

imposer un fardeau excessif. L’ARC a établi des « Lignes directrices sur les demandes péremptoires », dans lesquelles elle expose les étapes à suivre lorsque, dans le cadre d’une vérification, certains renseignements qu’elle estime nécessaires ne sont pas fournis volontairement. Les Lignes directrices font la distinction entre les cas où une demande péremptoire fondée sur le par. 231.2(1) est possible, et ceux où une demande péremptoire fondée sur le par. 231.2(2), qui requiert l’obtention d’une autorisation judiciaire, est nécessaire.

[48] Au paragraphe 20 de leurs motifs, la Juge en chef et le juge LeBel affirment qu’« [i]l serait illogique d’enjoindre à un organisme de bienfaisance de tenir des registres pour que l’ARC puisse vérifier la légitimité des dons qu’il reçoit, et d’exiger ensuite que l’ARC obtienne une autorisation judiciaire pour les examiner. » Je ne prétends pas que l’ARC ne peut pas avoir accès, sans autorisation judiciaire, aux registres qu’un contribuable est obligé de tenir. Je fais toutefois une distinction dans les cas où l’ARC a formé l’intention d’obtenir des renseignements concernant le respect de la Loi par des personnes spécifiques, mais non désignées nommément, et qu’elle intime à l’organisme de bienfaisance de tenir des livres et registres ou lui demande de fournir de l’information de manière à pouvoir obtenir les noms de ces personnes non désignées nommément ou des renseignements à leur sujet. En pareils cas, l’ARC doit obtenir une autorisation judiciaire.

[49] Les juges majoritaires affirment aussi que le par. 231.2(2) ne devrait pas s’appliquer dans les situations où les renseignements requis sont demandés pour s’assurer du respect de la Loi par le contribuable soumis à la vérification et où celui-ci n’a pas tenu les « registres voulus ». Ils soutiennent que, contre toute logique, l’ARC devrait ainsi obtenir une autorisation judiciaire simplement parce que l’organisme de bienfaisance n’a pas tenu les registres voulus. En l’occurrence, on n’a pas demandé à la Fondation de tenir des registres des transmissions avant novembre 1999. Par ailleurs, l’ARC a exprimé son intention de [TRADUCTION] « refuser la déduction réclamée par les parents dans leur déclaration de revenu des particuliers si l’organisme de

maintain transmittal forms in 1999, that transmittal forms were “proper records” that the Foundation or any other charity was required to keep under s. 230(2). Once the CRA decided that it would reassess donors participating in the FLP, the request for transmittal forms was a request for information about unnamed persons pertaining to their compliance with the Act. The letter request for transmittal forms in 1999 could not be used to bypass s. 231.2(2).

[50] The Guidelines state:

When the Minister is seeking to require information from any person relating to one or more unknown parties, the Minister must obtain prior judicial authorization under subsection 231.2(3) of the ITA . . . .

(Ministry of National Revenue, *Requirement Guidelines*, July 20, 1995, at p. 5)

There is no indication that the requirement to obtain judicial authorization when the CRA is seeking information pertaining to unnamed persons is not applicable during the course of an audit.

[51] The CRA says that inconsistent administrative practice is not a determinative factor in statutory interpretation. I agree. However, the Guidelines include the circumstances when judicial authorization is necessary without in any way indicating that the procedure should be avoided if possible for practicality reasons or that it is unnecessary when an audit is being conducted. Indeed, the application is made *ex parte*, and pursuant to s. 231.2(3), all that need be demonstrated is that the person or group is ascertainable and that the purpose of the application is to verify compliance by the person or group with any duty or obligation under the Act. I infer that recourse to judicial

bienfaisance ne met pas fin à cette pratique » (soit la participation au PPRC). Mise à part la demande spécifique formulée en 1999 par l’ARC pour que la Fondation conserve les formulaires de transmission, rien n’indique que ces formulaires faisaient partie des « registres voulus » que la Fondation ou tout autre organisme de bienfaisance devaient tenir aux termes du par. 230(2). Dès que l’ARC a décidé qu’elle établirait de nouvelles cotisations pour les donateurs qui participaient au PPRC, sa demande de production des formulaires de transmission constituait une demande de renseignements concernant des personnes non désignées nommément au sujet de leur respect de la Loi. La lettre de 1999 par laquelle l’ARC demandait les formulaires de transmission ne pouvait servir à contourner les exigences du par. 231.2(2).

[50] Selon les Lignes directrices :

Si le ministre cherche à exiger d’une personne des renseignements reliés à une ou à plusieurs parties inconnues, il doit au préalable obtenir une autorisation judiciaire en vertu du paragraphe 231.2(3) de la LIR . . . .

(Ministère du Revenu national, *Lignes directrices sur les demandes péremptoires*, 20 juillet 1995, p. 6)

Rien n’indique que l’obligation de l’ARC d’obtenir une autorisation judiciaire lorsqu’elle cherche à obtenir des renseignements concernant des personnes non désignées nommément ne s’applique pas dans le cadre d’une vérification.

[51] L’ARC affirme qu’une pratique administrative incompatible n’est pas un facteur déterminant en matière d’interprétation législative. Je suis d’accord. Cependant, les Lignes directrices prévoient les cas où une autorisation judiciaire est nécessaire, sans indiquer de quelque façon que se soit qu’il faut éviter, si possible, pour des raisons d’ordre pratique, de recourir à cette procédure ou qu’elle est inutile lors d’une vérification. D’ailleurs, la requête en autorisation est présentée *ex parte* et, selon le par. 231.2(3), il suffit de démontrer que la personne ou le groupe est identifiable et que la requête ne vise qu’à vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation

authorization when necessary should not be unduly burdensome.

[52] The CRA says that its power under s. 231.2(1) is permissive and that the restriction on that permissive power in s. 231.2(2) does not transform the permissive power into a mandatory obligation. However, as I have indicated, where the CRA seeks information pertaining to unnamed persons for the purpose of verifying their compliance with the Act, it cannot obtain that information under its authority to audit another taxpayer. It is open to the CRA to resort to s. 231.2. If it does so, it is under s. 231.2(2) when it seeks information about unnamed persons.

[53] The Federal Court of Appeal was of the opinion that because there is a reciprocity in the tax treatment of most transactions, the CRA may use the information obtained from one taxpayer to ensure compliance by the other party to the transaction. The Court of Appeal stated:

The Minister has every interest in confirming that the amount claimed as a business expense by the buyer is the amount recorded as revenue by the seller. In the case of registered charities, the same reciprocity applies. If the Minister determines that donations received are not eligible for deduction, then he has an interest in reviewing the returns of those to whom a receipt has been issued in respect of those donations. This ability to subject both parties to a transaction to equivalent tax treatment is a fundamental aspect of the verification process.

([2007] 3 F.C.R. 40, 2006 FCA 325, at para. 41)

[54] I agree that there is reciprocity of tax treatment of many commercial and charitable transactions and that the CRA may have an interest in seeing how both the taxpayer and the other party to a transaction have recognized it for tax purposes. If, during an audit, the records of the taxpayer record the identity of the other party to a transaction and the CRA requires nothing further, there is no need to resort to s. 231.2(2). But that is not an argument that justifies bypassing the requirements

prévu par la Loi. Je conclus que le recours à l'autorisation judiciaire, lorsqu'elle est nécessaire, ne devrait pas imposer un fardeau excessif.

[52] L'ARC soutient que le pouvoir que lui confère le par. 231.2(1) est facultatif et que la restriction imposée par le par. 231.2(2) ne transforme pas ce pouvoir facultatif en une obligation impérative. Or, comme je l'ai indiqué, lorsque l'ARC demande des renseignements se rapportant à des personnes non désignées nommément dans le but de vérifier si elles respectent la Loi, elle ne peut obtenir ces renseignements en vertu de son pouvoir de vérification d'un autre contribuable. L'ARC peut recourir à l'art. 231.2. Le cas échéant, elle doit se conformer au par. 231.2(2) si elle cherche à obtenir des renseignements concernant des personnes non désignées nommément.

[53] Selon la Cour d'appel fédérale, étant donné la réciprocité dans le traitement fiscal de la plupart des opérations commerciales, l'ARC peut utiliser les renseignements qu'elle a obtenus d'un contribuable pour s'assurer que l'autre partie à l'opération respecte la Loi. La Cour d'appel a dit ce qui suit :

Le ministre a tout intérêt à vérifier que le montant réclamé au titre des dépenses d'entreprise par l'acheteur correspond au montant enregistré à titre de revenu par le vendeur. Dans le cas des organismes de bienfaisance, la même réciprocité s'applique. Si le ministre détermine que les dons reçus ne sont pas admissibles à une déduction, il a alors intérêt à vérifier les déclarations de ceux à qui un reçu a été remis pour ces dons. Le fait de pouvoir assujettir les deux parties d'une transaction à un traitement fiscal équivalent représente un aspect fondamental du processus de vérification.

([2007] 3 R.C.F. 40, 2006 CAF 325, par. 41)

[54] Je conviens qu'il y a réciprocité dans le traitement fiscal de nombreuses opérations commerciales et que l'ARC peut avoir intérêt à vérifier comment le contribuable et l'autre partie à l'opération l'ont qualifiée pour fins d'imposition. Si les registres du contribuable soumis à une vérification révèlent l'identité de l'autre partie à l'opération et que l'ARC n'exige rien de plus, le recours au par. 231.2(2) est inutile. Cependant, cela ne saurait permettre de contourner les exigences du par. 231.2(2),



of s. 231.2(2) which would be the case if every time a taxpayer was audited, the CRA had unfettered licence to obtain information pertaining to unnamed persons.

[55] In their reasons, my colleagues deal with the policy arguments surrounding the interpretation of the Act. They state in para. 25 that individuals have a very low expectation of privacy in their business and tax records and that it is indeed the case that s. 231.1 may reveal a great deal of information about audited taxpayers and unnamed persons. However, this case is one of statutory interpretation. I agree that individuals and entities may have a low expectation of privacy in their business and tax records, but in my view, it is still necessary to interpret the Act in a manner that gives coherent meaning to the relevant provisions as read together.

[56] The Chief Justice and LeBel J. say the CRA is entitled, without resort to s. 231.2(2), to request information that ought to be in the records of a taxpayer according to the Act. However, as stated, the relevant sections of the Act are extremely broad. Because the authority of the CRA under the Act is so broad, it should be required to follow the procedures provided in the Act rigorously. Section 231.2(2) was intended to provide some minimal restraint on those broad powers, and in my respectful view, in the course of an audit of a taxpayer, when the CRA forms the intention to obtain information pertaining to unnamed persons, judicial authorization under s. 231.2(2) is required.

[57] I would allow the appeal with costs and restore the decision of the applications judge with one exception. Paragraph 4 of the application judge's order of October 4, 2005, reads:

The Respondent shall vacate all reassessments and proposals to reassess in respect of any donor where identity

ce qui serait le cas si, chaque fois qu'un contribuable faisait l'objet d'une vérification, l'ARC jouissait d'une liberté totale pour obtenir des renseignements se rapportant à des personnes non désignées nommément.

[55] Dans leurs motifs, mes collègues traitent des arguments de principe touchant l'interprétation de la Loi. Au paragraphe 25, ils affirment que les attentes des contribuables en matière de protection de la vie privée sont très faibles en ce qui a trait à leurs registres commerciaux et fiscaux et que l'art. 231.1 risque effectivement de dévoiler beaucoup de renseignements sur les contribuables soumis à la vérification et sur des personnes non désignées nommément. Cependant, la présente affaire relève du domaine de l'interprétation législative. Je conviens que les attentes des particuliers et des entités en matière de protection de la vie privée peuvent être très faibles en ce qui a trait à leurs registres commerciaux et fiscaux. J'estime toutefois qu'il demeure nécessaire d'interpréter la Loi de façon à ce que les dispositions pertinentes forment un tout cohérent lorsqu'elles sont lues conjointement.

[56] Selon la Juge en chef et le juge LeBel, l'ARC a le droit, sans recourir au par. 231.2(2), d'exiger les renseignements qui devraient figurer, selon la Loi, dans les registres d'un contribuable. Or, comme je l'ai mentionné, les dispositions pertinentes de la Loi sont formulées en termes extrêmement généraux. Étant investie de pouvoirs aussi vastes, l'ARC devrait être tenue de suivre rigoureusement la procédure prévue à la Loi. Le paragraphe 231.2(2) visait à limiter un tant soit peu ces vastes pouvoirs et, à mon avis, lorsque l'ARC forme l'intention d'obtenir des renseignements sur des personnes non désignées nommément dans le cadre d'une vérification, elle doit obtenir l'autorisation judiciaire exigée par le par. 231.2(2).

[57] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge des requêtes, sauf le paragraphe 4 de son ordonnance prononcée le 4 octobre 2005, qui est ainsi rédigé :

[TRADUCTION] Le défendeur annulera les nouvelles cotisations et les projets de nouvelles cotisations à

was made known to the Respondent only by means of the information illegally obtained;

[58] The CRA submits that the Federal Court does not have the jurisdiction to order the Minister of National Revenue to vacate tax assessments. I agree. Section 152(8) of the *Income Tax Act* deems an assessment to be valid unless varied or vacated on objection to the CRA or on appeal to the Tax Court of Canada. Section 169(1) of the *Income Tax Act*, providing for an appeal to the Tax Court, is the mechanism available to taxpayers who wish to have their assessments vacated. Pursuant to s. 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7,

[the power of the Federal Court on judicial review is not applicable where] an Act of Parliament expressly provides for an appeal to . . . the Tax Court of Canada . . .

The applications judge did not have jurisdiction to vacate the tax assessments of the donors in this case. As the CRA quite properly conceded, any issues as to the admissibility of evidence in respect of assessments can be made at the Tax Court.

## APPENDIX

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

230. (1) [Records and books] Every person carrying on business and every person who is required, by or pursuant to this Act, to pay or collect taxes or other amounts shall keep records and books of account (including an annual inventory kept in prescribed manner) at the person's place of business or residence in Canada or at such other place as may be designated by the Minister, in such form and containing such information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined.

(2) [Idem] Every registered charity and registered Canadian amateur athletic association shall keep records and books of account at an address in Canada

l'égard de tout donateur dont l'identité a été portée à sa connaissance uniquement par les renseignements obtenus illégalement;

[58] L'ARC soutient que la Cour fédérale n'a pas compétence pour enjoindre au ministre du Revenu national d'annuler une cotisation fiscale. Je suis d'accord. Selon le par. 152(8) de la Loi, la cotisation est réputée valide sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d'une opposition signifiée à l'ARC ou d'un appel à la Cour canadienne de l'impôt. Le paragraphe 169(1) de la Loi, qui permet un appel à la Cour canadienne de l'impôt, est le mécanisme dont disposent les contribuables désireux de faire annuler leurs cotisations. Selon l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 :

. . . lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la [ . . . ] Cour canadienne de l'impôt [ . . . ] cette décision [ . . . ] ne peut [ . . . ] faire l'objet de contrôle . . .

Le juge des requêtes n'avait pas compétence pour annuler les cotisations fiscales des donateurs. Comme l'a, à très juste titre, concédé l'ARC, les questions touchant l'admissibilité de la preuve relative aux cotisations peuvent être soumises à la Cour canadienne de l'impôt.

## ANNEXE

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)

230. (1) [Livres de comptes et registres] Quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé, par ou selon la présente loi, de payer ou de percevoir des impôts ou autres montants doit tenir des registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel, selon les modalités réglementaires) à son lieu d'affaires ou de résidence au Canada ou à tout autre lieu que le ministre peut désigner, dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues.

(2) [Livres de comptes et registres d'un organisme de bienfaisance] Chaque organisme de bienfaisance enregistré et chaque association canadienne enregistrée

recorded with the Minister or designated by the Minister containing

- (a) information in such form as will enable the Minister to determine whether there are any grounds for the revocation of its registration under this Act;
- (b) a duplicate of each receipt containing prescribed information for a donation received by it; and
- (c) other information in such form as will enable the Minister to verify the donations to it for which a deduction or tax credit is available under this Act.

(2.1)[Idem, lawyers] For greater certainty, the records and books of account required by subsection (1) to be kept by a person carrying on business as a lawyer (within the meaning assigned by subsection 232(1)) whether by means of a partnership or otherwise, include all accounting records of the lawyer, including supporting vouchers and cheques.

(3) [Minister's requirement to keep records, etc.] Where a person has failed to keep adequate records and books of account for the purposes of this Act, the Minister may require the person to keep such records and books of account as the Minister may specify and that person shall thereafter keep records and books of account as so required.

(4) [Limitation period for keeping records, etc.] Every person required by this section to keep records and books of account shall retain

- (a) the records and books of account referred to in this section in respect of which a period is prescribed, together with every account and voucher necessary to verify the information contained therein, for such period as is prescribed; and
- (b) all other records and books of account referred to in this section, together with every account and voucher necessary to verify the information contained therein, until the expiration of six years from the end of the last taxation year to which the records and books of account relate.

(4.1)[Electronic records] Every person required by this section to keep records who does so electronically

de sport amateur doit tenir des registres et des livres de comptes à une adresse au Canada, enregistrée auprès du ministre ou désignée par lui, qui contiennent ce qui suit :

- a) des renseignements sous une forme qui permet au ministre de déterminer s'il existe des motifs d'annulation de l'enregistrement de l'organisme ou de l'association en vertu de la présente loi;
- b) un double de chaque reçu, renfermant les renseignements prescrits, visant les dons reçus par l'organisme ou l'association;
- c) d'autres renseignements sous une forme qui permet au ministre de vérifier les dons faits à l'organisme ou à l'association et qui donnent droit à une déduction ou à un crédit d'impôt aux termes de la présente loi.

(2.1)[Idem, avocats] Il est entendu que les registres et les livres de comptes qui doivent, en vertu du paragraphe (1), être tenus par une personne exploitant une entreprise consistant dans l'exercice de la profession d'avocat (au sens du paragraphe 232(1)) en société de personnes ou autrement comprennent tous les registres comptables de l'avocat, y compris les pièces justificatives et les chèques.

(3) [Ordre du ministre quant à la tenue des registres] Le ministre peut enjoindre à une personne qui n'a pas tenu les registres et livres de comptes voulus pour l'application de la présente loi de tenir ceux qu'il spécifie et cette personne doit, dès lors, tenir les registres et livres de comptes qui sont ainsi exigés d'elle.

(4) [Durée de conservation] Quiconque est requis, sous le régime du présent article, de tenir des registres et livres de comptes doit conserver :

- a) les registres et livres de comptes, de même que les comptes et pièces justificatives nécessaires à la vérification des renseignements contenus dans ces registres et livres de comptes, dont les règlements prévoient la conservation pour une période déterminée;
- b) tous les autres registres et livres de comptes mentionnés au présent article de même que les comptes et pièces justificatives nécessaires à la vérification des renseignements contenus dans ces registres et livres de comptes pendant les six ans qui suivent la fin de la dernière année d'imposition à laquelle les documents se rapportent.

(4.1)[Registres électroniques] Quiconque tient des registres, comme l'en oblige le présent article, par voie

shall retain them in an electronically readable format for the retention period referred to in subsection (4).

(4.2) [Exemptions] The Minister may, on such terms and conditions as are acceptable to the Minister, exempt a person or a class of persons from the requirement in subsection (4.1).

(5) [Exception where no return filed] Where, in respect of any taxation year, a person referred to in subsection (1) has not filed a return with the Minister as and when required by section 150, that person shall retain every record and book of account that is required by this section to be kept and that relates to that taxation year, together with every account and voucher necessary to verify the information contained therein, until the expiration of six years from the day the return for that taxation year is filed.

(6) [Exception where objection or appeal] Where a person required by this section to keep records and books of account serves a notice of objection or where that person is a party to an appeal to the Tax Court of Canada under this Act, that person shall retain every record, book of account, account and voucher necessary for dealing with the objection or appeal until, in the case of the serving of a notice of objection, the time provided by section 169 to appeal has elapsed or, in the case of an appeal, until the appeal is disposed of and any further appeal in respect thereof is disposed of or the time for filing any such further appeal has expired.

(7) [Exception where demand by Minister] Where the Minister is of the opinion that it is necessary for the administration of this Act, the Minister may, by registered letter or by a demand served personally, require any person required by this section to keep records and books of account to retain those records and books of account, together with every account and voucher necessary to verify the information contained therein, for such period as is specified in the letter or demand.

(8) [Permission for earlier disposal] A person required by this section to keep records and books of account may dispose of the records and books of account referred to in this section, together with every account and voucher necessary to verify the information contained therein, before the expiration of the period in respect of which those records and books of account are required to be kept if written permission for their disposal is given by the Minister.

électronique doit les conserver sous une forme électronique intelligible pendant la durée de conservation visée au paragraphe (4).

(4.2) [Dispense] Le ministre peut, selon des modalités qu'il estime acceptables, dispenser une personne ou une catégorie de personnes de l'exigence visée au paragraphe (4.1).

(5) [Exception : défaut de production d'une déclaration] La personne visée au paragraphe (1) et qui n'a pas produit auprès du ministre, pour une année d'imposition, la déclaration de revenu prévue par l'article 150, de la manière et à la date prévues à cet article, doit conserver les registres et livres de comptes exigés par le présent article et qui se rapportent à cette année de même que les comptes et pièces justificatives nécessaires à la vérification des renseignements contenus dans ces registres et livres de comptes pendant les six ans qui suivent la date à laquelle la déclaration de revenu pour cette année est produite auprès du ministre.

(6) [Exception : opposition ou appel] Une personne tenue par le présent article de tenir des registres et livres de comptes et qui signifie un avis d'opposition ou est partie à un appel devant la Cour canadienne de l'impôt en vertu de la présente loi doit conserver les registres, livres de comptes, comptes et pièces justificatives nécessaires à l'examen de l'opposition ou de l'appel jusqu'à l'expiration du délai d'appel prévu à l'article 169 en cas de signification d'un avis d'opposition, ou, en cas d'appel, jusqu'au prononcé sur l'appel et sur tout autre appel en découlant ou jusqu'à l'expiration du délai prévu pour interjeter cet autre appel.

(7) [Exception : demande du ministre] Le ministre peut exiger de la part de toute personne obligée de tenir des registres et livres de comptes en vertu du présent article, par demande signifiée à personne ou par lettre recommandée, la conservation des registres et livres de comptes de même que des comptes et pièces justificatives nécessaires à la vérification des renseignements contenus dans ces registres et livres de comptes, pour la période y prévue, lorsqu'il est d'avis que cela est nécessaire pour l'application de la présente loi.

(8) [Autorisation de se départir plus tôt des documents] Le ministre peut autoriser par écrit une personne à se départir des documents qu'elle doit conserver aux termes du présent article avant la fin de la période fixée sous le régime de celui-ci.

**231.1 (1) [Inspections]** An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

(2) [Prior authorization] Where any premises or place referred to in paragraph (1)(c) is a dwelling-house, an authorized person may not enter that dwelling-house without the consent of the occupant except under the authority of a warrant under subsection (3).

(3) [Application] Where, on *ex parte* application by the Minister, a judge is satisfied by information on oath that

(a) there are reasonable grounds to believe that a dwelling-house is a premises or place referred to in paragraph (1)(c),

**231.1 (1) [Enquêtes]** Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre, dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

(2) [Autorisation préalable] Lorsque le lieu mentionné à l'alinéa (1)c) est une maison d'habitation, une personne autorisée ne peut y pénétrer sans la permission de l'occupant, à moins d'y être autorisée par un mandat décerné en vertu du paragraphe (3).

(3) [Mandat d'entrée] Sur requête *ex parte* du ministre, le juge saisi peut décerner un mandat qui autorise une personne autorisée à pénétrer dans une maison d'habitation aux conditions précisées dans le mandat, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) il existe des motifs raisonnables de croire que la maison d'habitation est un lieu mentionné à l'alinéa (1)c);

(b) entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, and

(c) entry into the dwelling-house has been, or there are reasonable grounds to believe that entry will be, refused,

the judge may issue a warrant authorizing an authorized person to enter the dwelling-house subject to such conditions as are specified in the warrant but, where the judge is not satisfied that entry into the dwelling-house is necessary for any purpose relating to the administration or enforcement of this Act, the judge may

(d) order the occupant of the dwelling-house to provide to an authorized person reasonable access to any document or property that is or should be kept in the dwelling-house, and

(e) make such other order as is appropriate in the circumstances to carry out the purposes of this Act,

to the extent that access was or may be expected to be refused and that the document or property is or may be expected to be kept in the dwelling-house.

**231.2 (1)** [Requirement to provide documents or information] Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

(2) [Unnamed persons] The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a “third party”) a requirement under subsection (1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection (3).

(3) [Judicial authorization] On *ex parte* application by the Minister, a judge may, subject to such conditions as the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as

b) il est nécessaire d’y pénétrer pour l’application ou l’exécution de la présente loi;

c) un refus d’y pénétrer a été opposé, ou il existe des motifs raisonnables de croire qu’un tel refus sera opposé.

Dans la mesure où un refus de pénétrer dans la maison d’habitation a été opposé ou pourrait l’être et où des documents ou biens sont gardés dans la maison d’habitation ou pourraient l’être, le juge qui n’est pas convaincu qu’il est nécessaire de pénétrer dans la maison d’habitation pour l’application ou l’exécution de la présente loi peut ordonner à l’occupant de la maison d’habitation de permettre à une personne autorisée d’avoir raisonnablement accès à tous documents ou biens qui sont gardés dans la maison d’habitation ou devraient y être gardés et rendre tout autre ordonnance indiquée en l’espèce pour l’application de la présente loi.

**231.2 (1)** [Production de documents ou fourniture de renseignements] Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l’application et l’exécution de la présente loi, y compris la perception d’un montant payable par une personne en vertu de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d’une personne, dans le délai raisonnable que précise l’avis :

a) qu’elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu’elle produise des documents.

(2) [Personnes non désignées nommément] Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

(3) [Autorisation judiciaire] Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut, aux conditions qu’il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d’un tiers la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d’une personne non

the “group”) where the judge is satisfied by information on oath that

- (a) the person or group is ascertainable; and
- (b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [repealed S.C. 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) [Service of authorization] Where an authorization is granted under subsection (3), it shall be served together with the notice referred to in subsection (1).

(5) [Review of authorization] Where an authorization is granted under subsection (3), a third party on whom a notice is served under subsection (1) may, within 15 days after the service of the notice, apply to the judge who granted the authorization or, where the judge is unable to act, to another judge of the same court for a review of the authorization.

(6) [Powers on review] On hearing an application under subsection (5), a judge may cancel the authorization previously granted if the judge is not then satisfied that the conditions in paragraphs (3)(a) and (b) have been met and the judge may confirm or vary the authorization if the judge is satisfied that those conditions have been met.

*Appeal dismissed with costs, BINNIE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s’il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

- a) cette personne ou ce groupe est identifiable;
- b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et d) [abrogés L.C. 1996, ch. 21, par. 58(1)]

(4) [Signification ou envoi de l’autorisation] L’autorisation accordée en vertu du paragraphe (3) doit être jointe à l’avis visé au paragraphe (1).

(5) [Révision de l’autorisation] Le tiers à qui un avis est signifié ou envoyé conformément au paragraphe (1) peut, dans les 15 jours suivant la date de signification ou d’envoi, demander au juge qui a accordé l’autorisation prévue au paragraphe (3) ou, en cas d’incapacité de ce juge, à un autre juge du même tribunal de réviser l’autorisation.

(6) [Pouvoir de révision] À l’audition de la requête prévue au paragraphe (5), le juge peut annuler l’autorisation accordée antérieurement s’il n’est pas convaincu de l’existence des conditions prévues aux alinéas (3)a) et b). Il peut la confirmer ou la modifier s’il est convaincu de leur existence.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BINNIE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l’appelante : Miller Thomson, Toronto.*

*Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**S.A.C. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Alberta, and Justice for Children and Youth Interveners**

**INDEXED AS: R. v. S.A.C.**

**Neutral citation: 2008 SCC 47.**

File No.: 32104.

2008: April 17; 2008: July 31.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA**

*Criminal law — Young persons — Sentencing — Commitment to custody — Proper interpretation of s. 39(1)(c) of Youth Criminal Justice Act — Discrepancy between English and French versions — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 39(1)(c).*

*Criminal law — Young persons — Sentencing — Evidence — Requirement to consider pre-sentence report before making sentence in respect of young person — Whether pre-sentence report contained sufficient individualized information to allow sentencing court to craft appropriate and meaningful sentence — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 39, 40, 42.*

*Criminal law — Sentencing — Taking of DNA samples — Crown conceding on appeal that sentencing court could not order taking of DNA samples proprio motu — Whether Court of Appeal was correct in remitting matter to sentencing court for reconsideration — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051(1)(b).*

**S.A.C. Appelant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Manitoba, procureur général de l'Alberta et Justice for Children and Youth Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : R. c. S.A.C.**

**Référence neutre : 2008 CSC 47.**

N<sup>o</sup> du greffe : 32104.

2008 : 17 avril; 2008 : 31 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE**

*Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Placement sous garde — Interprétation correcte de l'art. 39(1)c) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents — Divergence entre les versions française et anglaise — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39(1)c).*

*Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Preuve — Nécessité de prendre connaissance d'un rapport prédécisionnel avant d'imposer une peine à un adolescent — Le rapport prédécisionnel contenait-il suffisamment de renseignements personnels pour que le tribunal chargé de déterminer la peine soit en mesure de déterminer une peine appropriée et justifiée? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39, 40, 42.*

*Droit criminel — Détermination de la peine — Prélèvement d'échantillons d'ADN — Ministère public a reconnu en appel qu'il n'était pas loisible au tribunal chargé de déterminer la peine d'ordonner de son propre chef le prélèvement d'échantillons d'ADN — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de renvoyer cette question au tribunal pour adolescents pour qu'il la réexamine? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051(1)(b).*



S.A.C. pleaded guilty to several charges under the *Criminal Code* and the *Youth Criminal Justice Act* (“YCJA”). At the time of sentencing, he also had several prior convictions for offences under those two statutes. According to the English version of s. 39(1)(c) YCJA, a young person who has committed an indictable offence must not be committed to custody unless he or she has “a history that indicates a pattern of findings of guilt”. According to the French version, custody is limited to cases where the young person has committed an indictable offence “après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité”. S.A.C. was sentenced to a total of 200 days in secure custody, to be followed by 100 days of supervision in the community, and was ordered, *proprio motu*, to provide a DNA sample. The sentencing judge found that in deciding whether the young person has “a history that indicates a pattern of findings of guilt” pursuant to s. 39(1)(c), a court can consider the offences for which the young person is being sentenced. The Court of Appeal upheld the sentence, adding that even if the offences for which S.A.C. was being sentenced were excluded, a “pattern of findings of guilt” can be seen from S.A.C.’s prior criminal record, but it set aside the DNA order and remitted that issue to the sentencing judge.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The rules governing the interpretation of bilingual statutes must be applied to determine the shared meaning of the English and French versions of s. 39(1)(c) YCJA. Here, since the discrepancies between the two versions are ones of ambiguity and breadth, the shared meaning is normally the narrower one. [20] [25]

While the word “history” in the English version admits of either a broad or narrow interpretation, the word “après” in the French version indicates that the only findings of guilt to be considered for the purposes of s. 39(1)(c) YCJA are ones that were entered prior to the commission of the offence for which the young person is being sentenced. Furthermore, the English word “pattern” is narrower than the French “plusieurs” in that it does not specify a threshold number of offences but requires the court to identify past behaviour that will give indications of regular or escalating offending criminal behaviour. Accordingly, to show a pattern, the Crown must, as a general rule, adduce evidence of

S.A.C. a plaidé coupable à plusieurs chefs d’accusation déposés en vertu du *Code criminel* et de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA »). Au moment de la détermination de la peine, il avait également fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité relatives à des infractions à ces deux lois. Suivant la version anglaise de l’al. 39(1)(c) LSJPA, un adolescent qui a commis un acte criminel ne peut se voir imposer une peine comportant le placement sous garde que s’il a « a history that indicates a pattern of findings of guilt ». Selon la version française, le placement sous garde est limité aux cas où l’adolescent a commis un acte criminel « après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité ». S.A.C. s’est vu imposer une peine de 200 jours à purger sous garde en milieu fermé, suivie d’une autre période de 100 jours à purger sous surveillance au sein de la collectivité. Le tribunal lui a également ordonné, de son propre chef, de fournir un échantillon d’ADN. Le juge chargé de déterminer la peine a conclu que l’al. 39(1)(c) LSJPA permet au tribunal de tenir compte des infractions pour lesquelles un adolescent se voit imposer une peine afin de décider si ce dernier a « a history that indicates a pattern of findings of guilt ». La Cour d’appel a maintenu la peine, ajoutant que, même si les infractions pour lesquelles S.A.C. se voyait imposer une peine étaient exclues, le casier judiciaire de ce dernier révèle l’existence d’un « pattern of findings of guilt », mais elle a annulé l’ordonnance de prélèvement génétique et a renvoyé cette question au juge chargé de déterminer la peine.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les règles qui régissent l’interprétation des lois bilingues doivent être appliquées pour déterminer le sens commun des versions française et anglaise de l’al. 39(1)(c) LSJPA. En l’espèce, étant donné que les divergences entre les deux versions résident dans l’ambiguïté et la portée de la disposition, le sens commun est normalement le plus restreint. [20] [25]

Alors que le terme « history » qui est utilisé dans la version anglaise peut être interprété d’une manière large ou restrictive, la préposition « après » utilisée dans la version française indique que les seules déclarations de culpabilité qui doivent être prises en considération pour l’application de l’al. 39(1)(c) LSJPA sont celles inscrites avant la perpétration de l’infraction pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine. De plus, le mot anglais « pattern » a un sens plus restreint que l’adjectif français « plusieurs » du fait qu’il n’établit pas un seuil numérique pour les infractions, mais oblige le tribunal à déceler un comportement antérieur qui donnera des indices d’un comportement délictueux habituel ou

a minimum of three prior findings of guilt, unless the court can find that the offences are so similar that a pattern can be found in only two prior convictions. Finally, the prior findings of guilt need not relate to similar — or to indictable — offences. Similarity may be relevant for the purpose of identifying a pattern of behaviour, but to hold that only prior convictions for indictable offences are to be considered would be to impose a limit that is not provided for in the English version and is totally absent from the French. [1] [18-19] [22] [24]

This shared meaning of s. 39(1)(c) comports with Parliament's intent to reduce the youth incarceration rate, and is also clearly more favourable to the accused whose liberty is at stake. [26] [32]

Here, it was open to the sentencing court to impose a custodial sentence because of S.A.C.'s history indicating a pattern of findings of guilt. The sentencing court considered a full pre-sentence report and two update letters. In view of all the information given in the letters, the Court of Appeal was amply justified in finding that the pre-sentence report, as a whole, contained sufficient individualized information to allow the court to craft an appropriate and meaningful sentence. [36-38] [41] [49]

The Court of Appeal was also correct in ruling that the sentencing court had erred in making a DNA order in respect of secondary designated offences without hearing submissions from the parties and without requiring the Crown to discharge its burden of showing that an order would be in the best interests of the administration of justice. The court was justified in remitting the matter to the sentencing court, which is the proper forum for assessing the appropriateness of issuing a DNA order. [46-48]

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108;

croissant. Par conséquent, pour démontrer que l'adolescent a fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité, le ministère public doit généralement présenter une preuve établissant l'existence d'au moins trois déclarations de culpabilité antérieures, à moins que le tribunal puisse déterminer que les infractions présentent une telle similitude qu'il peut conclure qu'un « *pattern of findings of guilt* » se dégage de seulement deux déclarations de culpabilité antérieures. Enfin, il n'est pas nécessaire que les déclarations de culpabilité antérieures aient été prononcées relativement à une infraction similaire ou à un acte criminel. La similitude peut être pertinente pour déceler un mode de comportement, mais conclure que seules les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à l'égard d'actes criminels doivent être prises en considération reviendrait à établir une limite qui n'est pas prévue dans la version anglaise et qui est totalement absente de la version française. [1] [18-19] [22] [24]

Le sens commun de l'al. 39(1)c) concorde avec l'intention du législateur de réduire le taux d'incarcération des adolescents, et il est aussi nettement plus favorable à l'accusé dont la liberté est en jeu. [26] [32]

En l'espèce, étant donné que les antécédents de S.A.C. indiquaient qu'il avait fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité, il était loisible au tribunal chargé de déterminer la peine de lui imposer une peine comportant le placement sous garde. Le tribunal a pris connaissance d'un rapport pré-décisionnel complet et de deux lettres faisant état des renseignements les plus récents. Compte tenu des renseignements fournis dans les lettres, la Cour d'appel était amplement justifiée de conclure que le rapport pré-décisionnel contenait, dans son ensemble, suffisamment de renseignements personnels pour être en mesure de déterminer une peine appropriée et justifiée. [36-38] [41] [49]

La Cour d'appel a également eu raison de décider que le tribunal chargé de déterminer la peine avait eu tort de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'infractions secondaires sans avoir entendu les observations des parties et sans avoir obligé le ministère public à s'acquitter de son obligation de démontrer qu'il serait dans l'intérêt de l'administration de la justice de rendre cette ordonnance. La cour était justifiée de renvoyer l'affaire au tribunal chargé de déterminer la peine à qui il appartient d'évaluer la pertinence de rendre une ordonnance de prélèvement génétique. [46-48]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S.

*R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 145(3), 249.1, 334(a), (b), 348(1), 355(a), (b), 487.04, 487.051, 487.052.

*DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37.

Order fixing January 1, 2008 as the Date of the Coming into Force of Certain Sections of *An Act to amend the Criminal Code, the DNA Identification Act and the National Defence Act* and of *An Act to amend certain Acts in relation to DNA Identification*, SI/2007-108.

*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 3(1)(b)(ii), (2), 38, 39, 40, 42, 106, 109(2), 137, 139(1), (2).

#### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., February 14, 2001, p. 704.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

*Oxford English Dictionary*, online: <http://dictionary.oed.com>, "pattern".

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Bateman, Hamilton and Fichaud J.J.A.) (2007), 254 N.S.R. (2d) 90, 810 A.P.R. 90, [2007] N.S.J. No. 191 (QL), 2007 CarswellNS 203, 2007 NSCA 55, dismissing in part an appeal from an order by Chisholm Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*Chandra Gosine*, for the appellant.

*Peter P. Rosinski*, for the respondent.

*Christine Bartlett-Hughes* and *Deborah Krick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Ami Kotler*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*James C. Robb, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Mary M. Birdsell* and *Emily Chan*, for the intervener Justice for Children and Youth.

108; *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 145(3), 249.1, 334a), b), 348(1), 355a), b), 487.04, 487.051, 487.052.

Décret fixant au 1<sup>er</sup> janvier 2008 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'identification par les empreintes génétiques et la Loi sur la défense nationale* et de la *Loi modifiant certaines lois en matière d'identification par les empreintes génétiques*, TR/2007-108.

*Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37.

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, préambule, art. 3(1)(b)(ii), (2), 38, 39, 40, 42, 106, 109(2), 137, 139(1), (2).

#### Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 14 février 2001, p. 704.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.

*Oxford English Dictionary*, en ligne : <http://dictionary.oed.com>, « pattern ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bateman, Hamilton et Fichaud) (2007), 254 N.S.R. (2d) 90, 810 A.P.R. 90, [2007] N.S.J. No. 191 (QL), 2007 CarswellNS 203, 2007 NSCA 55, qui a rejeté en partie un appel contre une ordonnance du juge Chisholm. Pourvoi rejeté.

*Chandra Gosine*, pour l'appellant.

*Peter P. Rosinski*, pour l'intimée.

*Christine Bartlett-Hughes* et *Deborah Krick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Ami Kotler*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*James C. Robb, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Mary M. Birdsell* et *Emily Chan*, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

## The judgment of the Court was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The main question in this appeal concerns the interpretation of one of the limits on imposing a custodial sentence under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”). According to the English version of s. 39(1)(c) YCJA, a young person who has committed an indictable offence must not be committed to custody unless he or she has “a history that indicates a pattern of findings of guilt”, whereas, according to the French version, custody is limited to cases where the young person has committed an indictable offence “après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité”. The shared meaning of the English and French versions must be established in order to determine what is required under s. 39(1)(c). I conclude that the only findings of guilt to be considered for the purposes of that provision are ones that were entered prior to the commission of the offence for which the young person is being sentenced. Furthermore, to show a pattern of findings of guilt, the Crown must, as a general rule, adduce evidence of a minimum of three prior convictions. However, the prior findings of guilt need not relate to similar — or to indictable — offences. The appellant raises two additional grounds, one related to the form of the pre-sentence report and the other to the appropriateness of a DNA order issued *proprio motu* by the trial judge, but they are unfounded.

1. Factual and Legal Background

[2] On January 10, 2006, S.A.C. was charged under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with the following offences: seven counts of theft of motor vehicles (s. 334(b)), three counts of breaking and entering and theft (s. 348(1)(b)), and two additional counts of motor vehicle theft (s. 334(a)). On the same date, he was also charged with the

## Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — La principale question en l’espèce concerne l’interprétation de l’une des limites fixées à l’infliction d’une peine comportant le placement sous garde en application de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« LSJPA »). Suivant la version anglaise de l’al. 39(1)(c) LSJPA, un adolescent qui a commis un acte criminel ne peut se voir imposer une peine comportant le placement sous garde que s’il a « a history that indicates a pattern of findings of guilt », alors que, selon la version française, le placement sous garde est limité aux cas où l’adolescent a commis un acte criminel « après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité ». Pour déterminer ce qu’exige l’al. 39(1)(c), il faut établir le sens qui est commun aux versions française et anglaise. Je conclus que les seules déclarations de culpabilité qui doivent être prises en compte pour l’application de cette disposition sont celles qui ont été inscrites avant la perpétration de l’infraction pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine. De plus, pour démontrer que l’adolescent a fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité, le ministère public doit généralement présenter une preuve établissant l’existence d’au moins trois déclarations de culpabilité antérieures. Toutefois, il n’est pas nécessaire que les déclarations de culpabilité antérieures aient été prononcées relativement à une infraction similaire ou à un acte criminel. L’appelant invoque deux autres moyens, l’un ayant trait à la forme du rapport prédécisionnel et l’autre, à la pertinence de l’ordonnance de prélèvement génétique que le juge de première instance a rendue de son propre chef. Cependant, ces moyens ne sont pas fondés.

1. Le contexte factuel et juridique

[2] Le 10 janvier 2006, S.A.C. a été accusé en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, des infractions suivantes : sept chefs d’accusation de vol d’un véhicule à moteur (al. 334b)), trois chefs d’accusation d’introduction par effraction et de vol (al. 348(1)b)) et deux autres chefs d’accusation de vol d’un véhicule à moteur (al. 334a)). Le même

following YCJA offences: breach of an undertaking (s. 139(1)) and breach of a probation order (s. 137). In addition, on April 10, 2006, he was charged with three breaches of an undertaking (s. 139(1) YCJA). On June 1, 2006, S.A.C. pleaded guilty to the three charges laid on April 10. On June 22, 2006, he entered guilty pleas to 12 of the 14 counts in respect of which charges had been laid on January 10. The date on which the first of these offences had been committed was May 27, 2005. The sentencing hearing for all of these offences was adjourned until August 22, 2006. At that time, the question of committing S.A.C. to custody was considered and the issue of the proper interpretation of s. 39(1)(c) was raised.

[3] The English version of s. 39(1)(c) YCJA reads as follows:

**39. (1)** A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

. . .

(c) the young person has committed an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and has a history that indicates a pattern of findings of guilt under this Act or the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985;

The French version, however, reads as follows:

**39. (1)** Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas:

. . .

c) il [l'adolescent] a commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la présente loi ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985);

jour, il a également été accusé d'avoir commis les infractions suivantes prévues par la LSJPA : manquement à un engagement (par. 139(1)) et manquement à une condition d'une ordonnance de probation (art. 137). En outre, le 10 avril 2006, il a fait l'objet de trois chefs d'accusation de manquement à un engagement (par. 139(1) LSJPA). Le 1<sup>er</sup> juin 2006, S.A.C. a plaidé coupable aux trois accusations portées contre lui le 10 avril. Le 22 juin 2006, il a plaidé coupable à 12 des 14 chefs d'accusation déposés contre lui le 10 janvier. Le 27 mai 2005 était la date à laquelle la première de ces infractions avait été commise. L'audience pour la détermination de la peine relative à toutes ces infractions a été ajournée jusqu'au 22 août 2006. À ce moment-là, la question du placement sous garde de S.A.C. a été examinée et celle de l'interprétation de l'al. 39(1)c) a été soulevée.

[3] La version anglaise de l'al. 39(1)c) LSJPA est ainsi rédigée :

**39. (1)** A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

. . .

(c) the young person has committed an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and has a history that indicates a pattern of findings of guilt under this Act or the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985;

Par contre, la version française est ainsi rédigée :

**39. (1)** Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

. . .

c) il [l'adolescent] a commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la présente loi ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985);

[4] At the time of sentencing, S.A.C. had several prior convictions for offences under the *Criminal Code*, including motor vehicle theft (s. 334(a)), flight from police while operating a motor vehicle (s. 249.1), possession of a stolen motor vehicle (s. 355(a)), possession of stolen property (s. 355(b)), failure to comply with the conditions of an undertaking while at large (s. 145(3)), and breaking and entering (s. 348(1)(b)). He had also been convicted of several offences under the YCJA, including breach of a temporary detention order (ss. 139(1) and 139(2)), failure to comply with a sentencing condition (s. 137), breach of a deferred custody and conditional supervision order (ss. 42(6), 106 and 109(2)).

[5] S.A.C.'s record of past offences was not presented to the trial court in an organized way. Crown counsel did not provide the dates on which the prior offences had been committed, although she did advise the trial court that S.A.C. had been sentenced on March 21, 2005, October 13, 2005, January 30, 2006, and March 27, 2006, and also provided information about the offences he had committed and the sentences he had received. The pre-sentence report identified offences committed on August 9 and September 12, 20 and 22, 2004 (i.e. motor vehicle theft, possession of stolen motor vehicle, possession of stolen property and breach of undertaking).

## 2. Judgments of the Nova Scotia Courts

### 2.1 *Youth Justice Court*

[6] The youth justice court sentenced S.A.C. to a total of 200 days in secure custody pursuant to s. 39(1)(c) YCJA, to be followed by 100 days of supervision in the community pursuant to s. 42(2)(n) YCJA. It also ordered *proprio motu* that S.A.C. provide a DNA sample.

[4] Au moment de la détermination de la peine, S.A.C. avait fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité relatives à des infractions au *Code criminel*, dont les infractions suivantes : vol d'un véhicule à moteur (al. 334a)), omission d'arrêter son véhicule alors qu'il était poursuivi par la police (art. 249.1), possession d'un véhicule à moteur volé (al. 355a)), possession d'un bien volé (al. 355b)), omission de se conformer à une condition d'une promesse pendant qu'il était en liberté (par. 145(3)) et introduction par effraction (al. 348(1)b)). Il avait également été reconnu coupable de plusieurs infractions à la LSJPA, notamment de manquement aux conditions d'une ordonnance de détention provisoire (par. 139(1) et (2)), d'omission de se conformer à une condition de sa peine (art. 137), de manquement à une ordonnance différée de placement et de mise en liberté sous condition (par. 42(6), art. 106 et par. 109(2)).

[5] Le casier judiciaire de S.A.C. n'a pas été présenté de façon structurée en première instance. Bien qu'elle n'ait pas fourni les dates auxquelles les infractions antérieures avaient été commises, l'avocate du ministère public a informé le tribunal de première instance que S.A.C. avait été condamné les 21 mars 2005, 13 octobre 2005, 30 janvier 2006 et 27 mars 2006, en plus de lui donner des informations concernant les infractions commises et les peines imposées. Le rapport prédécisionnel faisait état d'infractions commises le 9 août et les 12, 20 et 22 septembre 2004 (c.-à-d. vol d'un véhicule à moteur, possession d'un véhicule à moteur volé, possession d'un bien volé et omission de se conformer à une condition d'une promesse).

## 2. Jugements des tribunaux de la Nouvelle-Écosse

### 2.1 *Tribunal pour adolescents*

[6] Le tribunal pour adolescents a imposé à S.A.C. une peine de 200 jours à purger sous garde en milieu fermé, conformément à l'al. 39(1)c) LSJPA, suivie d'une autre période de 100 jours à purger sous surveillance au sein de la collectivité, conformément à l'al. 42(2)n) LSJPA. Il a également, de son propre chef, ordonné à S.A.C. de fournir un échantillon d'ADN.

[7] The sentencing judge reasoned that, in deciding whether a pattern of findings of guilt had been established, he was not restricted to considering only indictable offences carrying a maximum punishment of more than two years. Rather, the judge concluded that he could consider the full record of offences before it. The sentencing judge stated:

In my view, the Court may consider all offences during the appropriate period of time in determining whether or not there is a pattern but may only impose a period of custody in relation to those offences which meet the other criteria of the provision.

Therefore, with respect to the matter before the Court, I have considered all of the offences committed by S.C. during the period May through September of 2005, which include the three break and enters, and the nine car thefts, which are before the Court this afternoon, one of those being over \$5,000, and the two break and enters for which he was sentenced in January of this year, those offences having been committed in August of last year.

. . .

In my view, the number of offences, the similarity of circumstances of offences, the similarity of offences themselves, all establish a pattern of behaviour and a pattern of findings of guilt, now that those convictions have been entered with respect to the matters from May through September of 2005.

## 2.2 *Court of Appeal*

[8] S.A.C. appealed the youth justice court's ruling on the grounds that a custodial sentence could not be imposed in these circumstances and that the pre-sentence report before the court had been insufficient. He also argued that the sentencing court had erred in making a DNA order.

[9] The Court of Appeal agreed with the youth justice court that, pursuant to s. 39(1)(c) YCJA, the court could consider the offences for which S.A.C.

[7] Le juge chargé de déterminer la peine a estimé que, pour décider si l'adolescent avait fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité, il n'était pas tenu de prendre en compte uniquement les actes criminels punissables d'une peine maximale d'emprisonnement de plus de deux ans. Il a plutôt conclu qu'il pouvait tenir compte de tout le casier judiciaire dont il était saisi. Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon sens, le tribunal peut prendre en considération toutes les infractions commises pendant la période visée pour déterminer si l'adolescent a fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité, mais il ne peut imposer une période de placement sous garde qu'à l'égard des infractions qui remplissent les autres conditions de la disposition.

Par conséquent, en ce qui concerne l'affaire dont le tribunal est saisi, j'ai tenu compte de toutes les infractions commises par S.C. au cours de la période de mai à septembre 2005, y compris les infractions dont il est question cet après-midi, à savoir trois introductions par effraction et neuf vols de voiture, dont un vol de plus de 5 000 \$, et les deux infractions d'introduction par effraction pour lesquelles il a été condamné en janvier de cette année, lesquelles ont été commises au mois d'août de l'an dernier.

. . .

À mon avis, le nombre d'infractions, la similitude des circonstances dans lesquelles ces infractions ont été commises et celle des infractions elles-mêmes établissent tous l'existence d'un mode de comportement et de plusieurs déclarations de culpabilité, maintenant que ces déclarations de culpabilité ont été inscrites relativement aux faits survenus de mai à septembre 2005.

## 2.2 *Cour d'appel*

[8] S.A.C. a interjeté appel contre la décision du tribunal pour adolescents au motif qu'une peine comportant le placement sous garde ne pouvait pas être imposée dans ces circonstances et que le rapport prédécisionnel présenté au tribunal avait été insuffisant. Il a également soutenu que le tribunal chargé de déterminer la peine avait eu tort de rendre une ordonnance de prélèvement génétique.

[9] La Cour d'appel a souscrit à l'avis du tribunal pour adolescents selon lequel l'al. 39(1)c) LSJPA permettait au tribunal de tenir compte des

was being sentenced in deciding whether he had “a history that indicates a pattern of findings of guilt”. Writing for the court, Bateman J.A. reasoned that “history” means the time prior to the date of sentencing and that accordingly, all offences, including those currently before the sentencing court, may be considered. She agreed that the findings of guilt which may be considered are not limited to indictable offences, but added that in any event, the indictable offences in S.A.C.’s pre-sentence criminal record were in themselves sufficient to indicate a pattern of findings of guilt ((2007), 254 N.S.R. (2d) 90, 2007 NSCA 55).

[10] Concerning the pre-sentence report, the Court of Appeal was satisfied that it had provided the sentencing court with sufficient individualized information to craft an appropriate sentence for S.A.C. in accordance with the requirements set out in ss. 38, 39 and 40(2)(d) YCJA.

[11] Finally, the Court of Appeal ruled that the DNA order was to be set aside and that any sample taken was to be destroyed. It remitted the issue to the sentencing court for reconsideration.

### 3. Analysis

[12] S.A.C. appeals to this Court on the same grounds raised in the Court of Appeal. The first issue to be dealt with is the proper interpretation of s. 39(1)(c) of the YCJA. The second issue concerns the requirements for a pre-sentence report under the YCJA. The final issue concerns the appropriateness of the DNA order.

#### 3.1 *Interpretation of Section 39(1)(c) YCJA*

[13] The portions of the provision that require interpretation are, in English, “the young person has committed an indictable offence . . . and has a

infractions pour lesquelles S.A.C. se voyait imposer une peine afin de décider si ce dernier avait « *a history that indicates a pattern of findings of guilt* ». S’exprimant au nom de la cour, la juge Bateman a estimé que le terme « *history* » s’entend de la période précédant la date de détermination de la peine et que toutes les infractions, y compris celles dont est saisi le tribunal chargé de déterminer la peine, peuvent donc être prises en considération. Elle a convenu que les déclarations de culpabilité qui peuvent être prises en compte ne se limitaient pas aux actes criminels, mais a ajouté que de toute façon les actes criminels dont faisait état le casier judiciaire de S.A.C. avant la détermination de la peine suffisaient en soi pour révéler l’existence de plusieurs déclarations de culpabilité ((2007), 254 N.S.R. (2d) 90, 2007 NSCA 55).

[10] En ce qui concerne le rapport prédécisionnel, la Cour d’appel était convaincue qu’il avait fourni au tribunal chargé de déterminer la peine suffisamment de renseignements personnels pour que celui-ci soit en mesure de déterminer la peine que méritait S.A.C., conformément aux exigences énoncées aux art. 38 et 39 et à l’al. 40(2)(d) LSJPA.

[11] Enfin, la Cour d’appel a décidé que l’ordonnance de prélèvement génétique devait être annulée et que tout échantillon prélevé devait être détruit. Elle a renvoyé pour réexamen cette question au tribunal chargé de déterminer la peine.

### 3. Analyse

[12] S.A.C. se pourvoit devant notre Cour pour les mêmes raisons qu’il a invoquées devant la Cour d’appel. La première question qui se pose est celle de l’interprétation qui doit être donnée à l’al. 39(1)(c) LSJPA. La deuxième question concerne les exigences applicables au rapport prédécisionnel prévu par la LSJPA. La dernière question a trait à la pertinence de l’ordonnance de prélèvement génétique.

#### 3.1 *Interprétation de l’al. 39(1)(c) LSJPA*

[13] Les parties de la disposition qui doivent être interprétées sont, dans la version anglaise, « *the young person has committed an indictable offence*



history that indicates a pattern of findings of guilt” and, in French, “il [l’adolescent] a commis un acte criminel . . . après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité”. Three difficulties of interpretation arise. The first relates to the date as of which the prior findings of guilt must have been entered, the second to the number of findings of guilt required to conclude that a “pattern” exists and the third to the nature of the offences on which the findings of guilt were based. The first two difficulties can be resolved through the approach established for interpreting bilingual statutes; as for the third, I conclude that it can be resolved by considering the context of the words.

[14] The interpretation of bilingual statutes begins with a search for the shared meaning of the English and French versions. This Court has on a number of occasions discussed the appropriate approach for determining the shared meaning of English and French legislative provisions: see, e.g., *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62. In those cases, the Court adopted a two-step approach.

[15] The first step is to determine whether there is discordance between the English and French versions of the provision and, if so, whether a shared meaning can be found. Where a provision may have different meanings, the court has to determine what kind of discrepancy is involved. There are three possibilities. First, the English and French versions may be irreconcilable. In such cases, it will be impossible to find a shared meaning and the ordinary rules of interpretation will accordingly apply: *Daoust*, at para. 27; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327. Second, one version may be ambiguous while the other is plain and unequivocal. The shared meaning will then be that of the version that is plain and unambiguous: *Daoust*, at para. 28; Côté, at p. 327. Third, one version may have a broader meaning than the other. According to LeBel J. in *Schreiber*, at para. 56, “where one of the two versions is broader

[. . .] and has a history that indicates a pattern of findings of guilt » et, dans la version française, « il [l’adolescent] a commis un acte criminel [. . .] après avoir fait l’objet de plusieurs déclarations de culpabilité ». Trois problèmes d’interprétation surgissent. Le premier a trait à la date à partir de laquelle les déclarations de culpabilité antérieures doivent avoir été inscrites, le second concerne le nombre de déclarations de culpabilité requis pour conclure que l’adolescent a fait l’objet de « plusieurs » déclarations de culpabilité et le troisième a trait à la nature des infractions à l’origine des déclarations de culpabilité. Les deux premiers problèmes peuvent être résolus par la méthode d’interprétation des lois bilingues; quant au troisième, je conclus qu’il est possible de le résoudre en examinant le contexte dans lequel se situent les mots en question.

[14] L’interprétation des lois bilingues commence par une recherche du sens commun des versions française et anglaise. Notre Cour a analysé à maintes reprises l’approche qui doit être adoptée pour déterminer le sens commun des dispositions législatives bilingues : voir, par exemple, *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62. Dans ces arrêts, la Cour a adopté une approche en deux étapes.

[15] La première étape consiste à déterminer s’il y a divergence entre les versions française et anglaise de la disposition et, dans l’affirmative, s’il est possible de trouver un sens commun. Dans le cas où une disposition peut avoir des significations différentes, le tribunal doit déterminer la nature de la différence en cause. Il existe trois possibilités. Premièrement, les versions française et anglaise peuvent être inconciliables. En pareil cas, il est impossible de trouver un sens commun et, par conséquent, les règles d’interprétation ordinaires s’appliquent : *Daoust*, par. 27; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 413. Deuxièmement, une version peut être ambiguë alors que l’autre est claire et non équivoque. Le sens commun est alors celui de la version claire et non équivoque : *Daoust*, par. 28; Côté, p. 413. Troisièmement, une version peut avoir un sens plus large que l’autre. Selon le juge LeBel dans l’arrêt *Schreiber*, au par. 56, « lorsqu’une des deux

than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning”.

[16] At the second step, it must be determined whether the shared meaning is consistent with Parliament’s intent: *Daoust*, at para. 30. In the penal context, courts must also ensure that any ambiguity is resolved in favour of the accused whose liberty is at stake (*Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108).

[17] Turning to the application of these principles of interpretation to the case at bar, it is clear that the English and French versions of s. 39(1)(c) are reconcilable. The discrepancies here are ones of ambiguity and breadth.

[18] The use of the word “history” in the English version admits of either a broad or a narrow interpretation. Because the potential ambit of the word “history” is broad and open to qualification, it might be understood to mean that all findings of guilt made before the time of sentencing are to be considered in determining whether the young person may be committed to custody, *including* the very findings in respect of which he or she is being sentenced. But it might also be understood to mean all findings of guilt made before the time of sentencing, *excluding* those in respect of which the young person is to be sentenced. Furthermore, the conjunction “and” does not indicate the time of the findings of guilt. They could be either findings made before the commission of the offence for which the person is being sentenced or findings made before the sentencing date.

[19] The French version is narrower and permits of a single interpretation as regards the timing of the findings of guilt. The equivalent of the word “history” is not used in French. Instead, the word “après” indicates that the only findings of guilt to be considered for the purpose of determining whether the young person may be committed to custody are

versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité ».

[16] À la deuxième étape, il faut déterminer si le sens commun concorde avec l’intention du législateur : *Daoust*, par. 30. Dans le contexte pénal, les tribunaux doivent aussi veiller à dissiper toute ambiguïté en faveur de l’accusé dont la liberté est en jeu (*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108).

[17] En ce qui concerne l’application de ces principes d’interprétation à la présente affaire, il est évident que les versions française et anglaise de l’al. 39(1)c) sont conciliables. Les divergences en l’espèce résident dans l’ambiguïté et la portée de la disposition.

[18] Le terme « *history* » qui est utilisé dans la version anglaise peut être interprété d’une manière large ou restrictive. Étant donné qu’il peut avoir une portée large et qu’il peut devoir être précisé, ce terme pourrait être interprété comme signifiant que toutes les déclarations de culpabilité prononcées avant la détermination de la peine — y compris celles mêmes pour lesquelles l’adolescent se voit imposer une peine — doivent être prises en compte pour déterminer si cet adolescent peut faire l’objet d’une ordonnance de placement sous garde. Toutefois, ce terme pourrait également s’entendre de toutes les déclarations de culpabilité prononcées avant la détermination de la peine, à l’exception de celles pour lesquelles l’adolescent se voit imposer une peine. En outre, la conjonction « *and* » n’indique pas le moment où les déclarations de culpabilité doivent avoir été prononcées. Il pourrait s’agir de déclarations de culpabilité prononcées soit avant la perpétration de l’infraction pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine, soit avant la date de détermination de la peine.

[19] La version française est plus restrictive et n’autorise qu’une seule interprétation quant au moment où les déclarations de culpabilité doivent avoir été prononcées. Le terme « *history* » n’a pas d’équivalent dans la version française. Au lieu de cela, la préposition « après » indique que les seules déclarations de culpabilité qui doivent être prises en

those made before the commission of the offence for which the person is being sentenced. This interpretation excludes any finding of guilt that post-dates the commission of the offence.

[20] The first step in reconciling the two versions is to establish the shared meaning, which, when the discrepancy is one of breadth, is normally the narrower one. In this case, the French version is clearer and more restrictive. It sets a specific date as regards the convictions that may be considered when determining whether the young person may be committed to custody under s. 39(1)(c). Although all prior conduct is relevant for the general purpose of determining the sentence, the same is not true of the determination whether a custodial sentence may be imposed. According to the French version, the findings of guilt the court can take into consideration to determine whether a custodial sentence may be imposed are those made before the offence was committed. The relevant period does not extend to the sentencing date.

[21] The second difficulty, which concerns the requirement of a “pattern” of findings of guilt, can also be resolved by applying the narrower version of the provision. In the French version, the word “*plusieurs*” is used. Although this word may encompass a larger number, it can simply mean “more than one”. Thus, the provision could be interpreted as only requiring evidence that the young person had already been convicted twice before committing the offence for which he or she is to be sentenced.

[22] The English word “pattern” evokes a somewhat stronger image. One existing definition of “pattern” is as follows :

considération pour déterminer si l’adolescent peut faire l’objet d’une ordonnance de placement sous garde sont celles prononcées avant la perpétration de l’infraction pour laquelle cet adolescent se voit imposer une peine. Cette interprétation a pour effet d’exclure les déclarations de culpabilité postérieures à la perpétration de l’infraction.

[20] La première étape à franchir pour concilier les deux versions consiste à établir le sens commun, qui est normalement le plus restreint lorsque la différence concerne la portée de la disposition. En l’espèce, la version française est plus claire et plus restrictive. Elle établit une date précise en ce qui concerne les déclarations de culpabilité qui peuvent être prises en considération pour déterminer si l’adolescent peut faire l’objet d’une ordonnance de placement sous garde en application de l’al. 39(1)c). Bien que, aux fins générales de détermination de la peine, tous les comportements antérieurs soient pertinents, ce n’est pas le cas lorsqu’il s’agit de déterminer si une peine comportant le placement sous garde peut être imposée. Selon la version française, les déclarations de culpabilité que le tribunal peut prendre en considération pour décider de la possibilité d’imposer une peine comportant le placement sous garde sont celles prononcées avant la perpétration de l’infraction. La période applicable ne s’étend pas jusqu’à la date de détermination de la peine.

[21] Le deuxième problème, qui concerne l’exigence que l’adolescent ait fait l’objet de « plusieurs » déclarations de culpabilité (*requirement of a « pattern » of findings of guilt*), peut également être résolu au moyen de la version de la disposition qui est la plus restrictive. La version française utilise l’adjectif « plusieurs ». Bien qu’il puisse désigner un plus grand nombre, cet adjectif peut aussi également signifier « plus qu’une seule ». La disposition pourrait donc être interprétée comme exigeant seulement une preuve que l’adolescent avait déjà fait l’objet de deux déclarations de culpabilité avant de commettre l’infraction pour laquelle il doit se voir imposer une peine.

[22] Le mot anglais « *pattern* » évoque une image un peu plus forte. Il est notamment défini ainsi :

A regular and intelligible form or sequence discernible in certain actions or situations; esp. one on which the prediction of successive or future events may be based. Freq. with “of”, as pattern of behaviour.

(*Oxford English Dictionary*, online edition, <http://dictionary.oed.com>)

In providing that the sentencing court must look for a pattern, Parliament instructs the court to identify past behaviour that will give indications of regular or escalating behaviour. The type of behaviour the court is called on to identify is one of criminality, not the repetition of a specific offence, hence the use of the expressions “findings of guilt” in English and “*déclarations de culpabilité*” in French. However, the word “pattern” does not specify a threshold number. Also, while similarity is not a requirement, it may be relevant to identifying a pattern of criminal behaviour. In some circumstances, two prior findings of guilt will be sufficient to indicate a pattern of behaviour. For example, if, before committing a sexual assault, a young person had already been convicted twice for other sexual assaults, the court might find a pattern in the prior findings of guilt. If, however, the record consists of disparate offences, such as theft and breach of an undertaking, two convictions may be insufficient to permit the identification of a mode of offending behaviour. Therefore, unless the sentencing court finds that the offences are so similar that a pattern of findings of guilt can be found in only two prior convictions, the threshold for demonstrating a “pattern” of findings of guilt is at least three prior convictions. The narrower meaning which makes it possible to resolve this second difficulty is thus found in the English version of s. 39(1)(c).

[23] The third difficulty stems from the question whether the findings of guilt must concern only

[TRADUCTION] Un mode ou enchaînement régulier et intelligible qui ressort de certaines actions ou situations; en particulier, qui peut servir de fondement à une prédiction d'événements successifs ou futurs. Fréquemment suivi de la préposition « of », comme dans *pattern of behaviour*.

(*Oxford English Dictionary*, édition en ligne, <http://dictionary.oed.com>)

En exigeant que le tribunal chargé de déterminer la peine cherche un *pattern*, le législateur lui demande de déceler un comportement antérieur qui donnera des indices d'un comportement délictueux habituel ou croissant. Le type de comportement que le tribunal est appelé à déceler est un comportement criminel et non la répétition d'une infraction particulière, d'où l'utilisation des expressions « *déclarations de culpabilité* » en français et « *findings of guilt* » en anglais. Cependant le mot « *pattern* » n'établit pas un seuil numérique. De même, bien que la similitude ne soit pas requise, elle peut être pertinente pour déceler un mode de comportement criminel. Dans certaines circonstances, deux *déclarations de culpabilité* antérieures suffiront pour indiquer l'existence d'un mode de comportement. Par exemple, si, avant de commettre une agression sexuelle, l'adolescent a déjà été reconnu coupable d'agression sexuelle à deux reprises, le tribunal peut conclure qu'une tendance se dégage des *déclarations de culpabilité* antérieures. Toutefois, si le casier judiciaire fait état d'infractions disparates telles que le vol et le manquement à un engagement, il se peut que deux *déclarations de culpabilité* ne suffisent pas pour permettre de déceler un mode de comportement délictueux. Par conséquent, à moins que le tribunal chargé de déterminer la peine juge que les infractions présentent une telle similitude qu'il peut conclure qu'un « *pattern of findings of guilt* » se dégage de seulement deux *déclarations de culpabilité* antérieures, le seuil qui démontre l'existence de « plusieurs » (« *pattern of* ») *déclarations de culpabilité* est d'au moins trois *déclarations de culpabilité* antérieures. Le sens plus restreint qui permet de résoudre ce deuxième problème se trouve donc dans la version anglaise de l'al. 39(1)(c).

[23] Le troisième problème découle de la question de savoir si les *déclarations de culpabilité*

indictable offences. It might be argued that the word “pattern” relates to offences that are similar in nature to the one for which the young person is being sentenced. If that were so, a pattern of indictable offences would be required, since s. 39(1)(c) applies only where the young person is to be sentenced for an offence for which an adult would be liable to a term of imprisonment of more than two years.

[24] I am not convinced by this argument. The word “pattern” relates to prior findings of guilt, not to the finding in respect of which the young person is being sentenced. To hold that only prior convictions for indictable offences are to be considered would be to impose a limit that is not provided for in the English version and is totally absent from the French. Although similarity can be relevant to the determination whether a pattern exists, the threshold is a pattern of findings of guilt, not a pattern of findings of guilt for the same type of offence as the one for which the young person is being sentenced.

[25] In summary, the rules governing the interpretation of bilingual statutes can be applied to make a preliminary determination of the proper meaning of the provision. The shared meaning is found, on the issue of the date as of which the prior findings of guilt must have been entered, in the clearer and more restrictive French version and, on the issue of what constitutes a pattern of findings of guilt, in the clearer and more restrictive English version.

[26] Before the shared meaning can be adopted, however, it is necessary to proceed to the second step of the interpretation. At this step, the court must determine whether the shared meaning comports with Parliament’s intent. There are many indications that the legislative intent behind several of the YCJA’s provisions was to reduce the youth incarceration rate. This is stated plainly in the YCJA’s preamble:

doivent avoir été prononcées seulement à l’égard d’actes criminels. On pourrait soutenir que le mot « *pattern* » désigne des infractions semblables à celle pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine. Si c’était le cas, l’existence de plusieurs actes criminels serait requise étant donné que l’al. 39(1)c) ne s’applique que dans le cas où l’adolescent doit se voir imposer une peine relativement à une infraction pour laquelle un adulte serait passible d’une peine d’emprisonnement de plus de deux ans.

[24] Cet argument ne me convainc pas. Le mot « *pattern* » concerne les déclarations de culpabilité antérieures et non celle pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine. Conclure que seules les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à l’égard d’actes criminels doivent être prises en considération reviendrait à établir une limite qui n’est pas prévue dans la version anglaise et qui est totalement absente de la version française. Bien que la similitude puisse être pertinente pour déterminer si un « *pattern* » existe, le seuil est « plusieurs » (« *pattern of* ») déclarations de culpabilité et non « plusieurs » déclarations de culpabilité du même genre d’infraction que celle pour laquelle l’adolescent se voit imposer une peine.

[25] Somme toute, les règles qui régissent l’interprétation des lois bilingues peuvent être appliquées pour déterminer préalablement le sens véritable de la disposition. Le sens commun se trouve dans la version française plus claire et plus restrictive en ce qui concerne la date à partir de laquelle les déclarations de culpabilité antérieures doivent avoir été inscrites, et dans la version anglaise plus claire et plus restrictive quant à savoir ce qui constitue « *a pattern of findings of guilt* » (« plusieurs déclarations de culpabilité »).

[26] Cependant, il est nécessaire de passer à la deuxième étape de l’interprétation avant de pouvoir retenir le sens commun. À cette étape, le tribunal doit déterminer si le sens commun concorde avec l’intention du législateur. De nombreux éléments indiquent que l’intention législative qui sous-tend plusieurs dispositions de la LSJPA était de réduire le taux d’incarcération des adolescents. Cette intention est exprimée clairement dans le préambule de la LSJPA :

AND WHEREAS Canadian society should have a youth criminal justice system that commands respect, takes into account the interests of victims, fosters responsibility and ensures accountability through meaningful consequences and effective rehabilitation and reintegration, and that reserves its most serious intervention for the most serious crimes and reduces the over-reliance on incarceration for non-violent young persons;

. . .

[27] This intent is further reflected in ss. 3(1)(b)(ii) and 3(2) of the YCJA:

3. (1) The following principles apply in this Act:

. . .

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

. . .

(ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,

. . .

(2) This Act shall be liberally construed so as to ensure that young persons are dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

[28] Parliament's intent concerning the YCJA was stated explicitly by former Minister of Justice Anne McLellan during the debates leading up to the adoption of the Act:

The proposed youth criminal justice act is intended to reduce the unacceptably high level of youth incarceration that has occurred under the Young Offenders Act. The preamble to the new legislation states clearly that the youth justice system should reserve its most serious interventions for the most serious crimes and thereby reduce its over-reliance on incarceration.

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., February 14, 2001, at p. 704 (emphasis added))

Attendu [. . .] que la société canadienne doit avoir un système de justice pénale pour les adolescents qui impose le respect, tient compte des intérêts des victimes, favorise la responsabilité par la prise de mesures offrant des perspectives positives, ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale, limite la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et diminue le recours à l'incarcération des adolescents non violents,

. . .

[27] Elle ressort en outre du sous-al. 3(1)(b)(ii) et du par. 3(2) LSJPA :

3. (1) Les principes suivants s'appliquent à la présente loi :

. . .

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

. . .

(ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,

. . .

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

[28] L'ancienne ministre de la Justice Anne McLellan a exprimé explicitement l'intention du législateur concernant la LSJPA au cours des débats ayant précédé l'adoption de la Loi :

Le projet de loi sur le système de justice pénale pour les adolescents a pour objet de réduire le nombre inacceptable de jeunes incarcérés en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants. Le préambule du projet de loi prescrit clairement que le système de justice pénale pour les adolescents devrait limiter la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et diminuer le recours à l'incarcération des adolescents non violents.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 14 février 2001, p. 704 (je souligne))

Indeed, the Court has already accepted, in *R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78, at paras. 44-52, that the YCJA was designed, in part, to reduce over-reliance on custodial sentences for young offenders.

[29] The narrower interpretation of s. 39(1)(c) YCJA clearly comports with Parliament's express intent to reduce the youth incarceration rate. By requiring that custody be limited to cases where the findings of guilt were made prior to the commission of the offence for which the young person is being sentenced and where the prior convictions indicate a pattern of findings of guilt, the provision is both clear and consistent with the legislative intent behind s. 39(1)(c) and the YCJA as a whole.

[30] In the case at bar, an additional analytic step is relevant. Where the interpretation of penal provisions is concerned, courts must generally ensure that any ambiguity is resolved in favour of the liberty of the accused whose liberty is at stake. In *Marcotte*, at p. 115, Dickson J. (as he then was) stated the principle as follows:

Even if I were to conclude that the relevant statutory provisions were ambiguous and equivocal . . . I would have to find for the appellant in this case. It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. No authority is needed for the proposition that if real ambiguities are found, or doubts of substance arise, in the construction and application of a statute affecting the liberty of a subject, then that statute should be applied in such a manner as to favour the person against whom it is sought to be enforced.

[31] This principle of statutory interpretation was reaffirmed by this Court in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, *per* Lamer C.J., at para. 29:

It is a principle of statutory interpretation that where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation.

En fait, dans l'arrêt *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78, par. 44-52, la Cour a déjà reconnu que la LSJPA a été conçue en partie pour diminuer le recours trop fréquent au placement sous garde des jeunes contrevenants.

[29] L'interprétation plus restrictive de l'al. 39(1)c) LSJPA concorde nettement avec l'intention expresse du législateur de réduire le taux d'incarcération des jeunes. En exigeant que la possibilité d'ordonner le placement sous garde soit limitée aux cas où les déclarations de culpabilité ont été prononcées avant la perpétration de l'infraction pour laquelle l'adolescent se voit imposer une peine et où plusieurs déclarations de culpabilité antérieures (dans le sens de « *pattern of findings of guilt* ») ont été prononcées, cette disposition est à la fois claire et compatible avec l'intention législative qui sous-tend l'al. 39(1)c) et la LSJPA dans son ensemble.

[30] Dans le cas qui nous occupe, il convient d'ajouter une étape à l'analyse. Lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions pénales, les tribunaux doivent généralement veiller à dissiper toute ambiguïté en faveur de l'accusé dont la liberté est en jeu. Dans l'arrêt *Marcotte*, p. 115, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi ce principe :

Même si je devais conclure que les dispositions pertinentes sont ambiguës et équivoques [. . .] je devrais conclure en faveur de l'appelant en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédents pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions.

[31] Ce principe d'interprétation législative a été réitéré par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 29 :

En matière d'interprétation des lois, dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, il existe un principe voulant que la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé.

It was again reaffirmed in *C.D.*, at para. 50.

[32] In the case at bar, the shared meaning of s. 39(1)(c) is clearly more favourable to the accused — whose liberty is unquestionably at stake — because it imposes a stricter limitation on the discretion the sentencing court may exercise in assessing whether the accused may be committed to custody.

[33] Because the shared meaning comports with Parliament's intent to reduce the youth incarceration rate, and because it reflects the version most favourable to the accused, it must prevail.

### 3.2 *Application to the Facts*

[34] While the shared meaning of s. 39(1)(c) is the correct formulation of the rule, the outcome of the case at bar is not necessarily affected by this. A “history that indicates a pattern of findings of guilt” emerges from S.A.C.'s convictions for *Criminal Code* offences prior to the commission of the offences for which he was being sentenced. As I mentioned above, the sentencing hearing of August 22, 2006 related to offences committed on and after May 27, 2005. The prior convictions included the following:

- (1) motor vehicle theft (s. 334(a)) — offence committed on August 9, 2004, sentence imposed on March 21, 2005;
- (2) possession of stolen motor vehicle (s. 355(a)) — offence committed on September 12, 2004, sentence imposed on March 21, 2005;
- (3) flight from police while operating motor vehicle (s. 249.1) — offence committed on September 20, 2004, sentence imposed on March 21, 2005;
- (4) possession of stolen property (s. 355(b)) — offence committed on September 20, 2004, sentence imposed on March 21, 2005; and

Il a été de nouveau repris dans l'arrêt *C.D.*, par. 50.

[32] En l'espèce, le sens commun de l'al. 39(1)c) est nettement plus favorable à l'accusé, dont la liberté est indubitablement en jeu, parce qu'il restreint de manière plus rigoureuse le pouvoir discrétionnaire que le tribunal chargé de déterminer la peine peut exercer pour évaluer s'il est possible d'ordonner le placement sous garde de l'accusé.

[33] Du fait qu'il concorde avec l'intention du législateur de réduire le taux d'incarcération des jeunes et qu'il reflète la version la plus favorable à l'accusé, le sens commun doit primer.

### 3.2 *Application aux faits*

[34] Bien que le sens commun de l'al. 39(1)c) représente la bonne formulation de la règle applicable, cela ne modifie pas nécessairement l'issue du pourvoi dont nous sommes saisis. Les déclarations de culpabilité relatives à des infractions au *Code criminel* dont S.A.C. avait fait l'objet avant la perpétration des infractions pour lesquelles il se voyait imposer une peine révèlent l'existence « de plusieurs déclarations de culpabilité » (« *history that indicates a pattern of findings of guilt* »). Comme je l'ai déjà mentionné, l'audience pour la détermination de la peine tenue le 22 août 2006 portait sur les infractions commises le 27 mai 2005 et après cette date. Les déclarations de culpabilité antérieures étaient notamment les suivantes :

- (1) vol d'un véhicule à moteur (al. 334a)), infraction commise le 9 août 2004, peine imposée le 21 mars 2005;
- (2) possession d'un véhicule à moteur volé (al. 355a)), infraction commise le 12 septembre 2004, peine imposée le 21 mars 2005;
- (3) omission d'arrêter son véhicule alors qu'il était poursuivi par la police (art. 249.1), infraction commise le 20 septembre 2004, peine imposée le 21 mars 2005;
- (4) possession de biens volés (al. 355b)), infraction commise le 20 septembre 2004, peine imposée le 21 mars 2005;



(5) breach of undertaking (s. 145(3)) — offence committed on September 23, 2004, sentence imposed on March 21, 2005.

[35] As the Court of Appeal aptly noted, at para. 23: “Even if the offences that were before the court for sentencing are excluded, there remains a ‘pattern of findings of guilt’ as can be seen from S.A.C.’s prior criminal record . . . .” While S.A.C.’s counsel conceded, before the sentencing court, that these offences gave every indication of a pattern, S.A.C. nevertheless challenges the conclusion that there is *evidence* of a history of findings of guilt and that a custodial order was appropriate. However, this argument is linked to his position on the sufficiency of the pre-sentence report, to which I will now turn.

### 3.3 *The Pre-Sentence Report*

[36] Sections 39(6) and 42 YCJA require that a youth justice court consider a pre-sentence report before imposing a custodial sentence on a young person found guilty of an indictable offence. Section 40 specifies the form and content of such a report. It reads in part as follows:

**40.** (1) Before imposing sentence on a young person found guilty of an offence, a youth justice court

(a) shall, if it is required under this Act to consider a pre-sentence report before making an order or a sentence in respect of a young person . . .

. . . .

require the provincial director to cause to be prepared a pre-sentence report in respect of the young person and to submit the report to the court.

. . . .

(2) A pre-sentence report made in respect of a young person shall . . . include the following . . . :

. . . .

(5) manquement à un engagement (par. 145(3)), infraction commise le 23 septembre 2004, peine imposée le 21 mars 2005.

[35] Comme la Cour d’appel l’a judicieusement fait remarquer au par. 23 de ses motifs : [TRADUCTION] « Même si les infractions pour lesquelles le tribunal devait imposer une peine sont exclues, “plusieurs déclarations de culpabilité” (“*pattern of findings of guilt*”) demeurent, comme l’indique le casier judiciaire de S.A.C. . . . » Tout en reconnaissant devant le tribunal chargé de déterminer la peine que ces infractions indiquaient qu’il pourrait y avoir plusieurs déclarations de culpabilité, l’avocat de S.A.C. conteste néanmoins la conclusion qu’il existe une *preuve* à cet égard et qu’une ordonnance de placement sous garde était indiquée. Toutefois, cet argument est lié à sa position concernant le caractère suffisant du rapport prédécisionnel, que je vais maintenant examiner.

### 3.3 *Le rapport prédécisionnel*

[36] Le paragraphe 39(6) et l’art. 42 LSJPA prévoient que le tribunal pour adolescents doit prendre connaissance d’un rapport prédécisionnel avant d’imposer une peine de placement sous garde à un adolescent déclaré coupable d’un acte criminel. L’article 40, qui précise la forme et le contenu de ces rapports, est rédigé en partie ainsi :

**40.** (1) Avant de prononcer une peine concernant un adolescent déclaré coupable d’une infraction, le tribunal pour adolescents :

a) doit, dans les cas où la présente loi l’oblige à prendre connaissance d’un rapport prédécisionnel avant de rendre une ordonnance ou de prononcer une peine concernant un adolescent, demander au directeur provincial de faire établir et de lui remettre un rapport prédécisionnel concernant l’adolescent;

. . . .

(2) Le rapport prédécisionnel [. . .] comprend les éléments d’information ci-après . . . :

. . . .

(d) any information that is applicable to the case, including

. . .  
 (v) the availability and appropriateness of community services and facilities for young persons and the willingness of the young person to avail himself or herself of those services or facilities,  
 . . .

[37] The purpose of s. 40 YCJA is to ensure that a sentencing court is provided with a pre-sentence report containing sufficient individualized information to allow the court to craft a sentence that is appropriate for and meaningful to the young person. Section 40(2)(d)(v) requires, in particular, that the pre-sentence report contain any information “that is applicable to the case”, including information regarding the availability and appropriateness of community services and facilities and the young person’s willingness to take advantage of them.

[38] In the case at bar, the sentencing court was provided with a full pre-sentence report. In addition, probation officers furnished the court with two update letters. Counsel for S.A.C. did not challenge either the form or the content of the report and the updates at sentencing. Counsel argued in the Court of Appeal that the report and the updates were not in strict compliance with s. 40(2)(d)(v), because adequate consideration had not been given to the appropriateness of community services and facilities for S.A.C. The Court of Appeal found, however, that the first report fully detailed the community resources available to S.A.C. and that S.A.C. had received the benefit of those services but had continued to reoffend. The Court of Appeal was of the opinion that it was clear from the information provided that S.A.C. had exhausted the available community services.

[39] The fact that the pre-sentence report was composed of several constituent documents does

d) les renseignements pertinents comportant notamment, s’il y a lieu, les éléments suivants :

. . .  
 (v) l’existence de services communautaires et d’installations adaptés aux adolescents, et le désir de l’adolescent de profiter de ces services et installations,  
 . . .

[37] L’article 40 LSJPA a pour objet d’assurer que le tribunal chargé de déterminer la peine dispose d’un rapport prédécisionnel contenant suffisamment de renseignements personnels pour être en mesure de déterminer une peine appropriée et justifiée pour l’adolescent. Le sous-alinéa 40(2)d)(v) exige, en particulier, que le rapport prédécisionnel contienne les renseignements « pertinents » concernant notamment l’existence de services communautaires et d’installations adaptés aux adolescents et le désir de l’adolescent de profiter de ces services et installations.

[38] Dans le cas qui nous occupe, le tribunal chargé de déterminer la peine disposait d’un rapport prédécisionnel complet. De plus, les agentes de probation avaient fourni deux lettres faisant état des renseignements les plus récents. L’avocat de S.A.C. n’a contesté ni la forme ni le contenu du rapport et des mises à jour lors de l’audience pour la détermination de la peine. Il a fait valoir devant la Cour d’appel que le rapport et les mises à jour ne respectaient pas formellement le sous-al. 40(2)d)(v) parce qu’ils ne tenaient pas suffisamment compte de l’existence de services communautaires et d’installations adaptés à S.A.C. La Cour d’appel a toutefois jugé que le premier rapport exposait en détail les ressources communautaires dont disposait S.A.C. et que ce dernier avait bénéficié de ces services mais avait continué de récidiver. Elle estimait qu’il ressortait clairement des renseignements fournis que S.A.C. avait épuisé tous les services communautaires disponibles.

[39] Le fait que le rapport prédécisionnel était constitué de plusieurs documents ne signifiait pas

not mean that it did not contain the appropriate information. For the purposes of s. 40 YCJA, the only question is whether the sentencing court was given sufficient information to craft an appropriate sentence.

[40] Although the probation officers did not make any explicit recommendations in the update letters regarding alternatives to custody, they did report changes in S.A.C.'s situation, thereby indicating that the original report remained valid except for the parts that were changed by the letters. In particular, in the second letter, the officer mentioned numerous breaches of conditions and reported that S.A.C. showed no motivation, had not followed through with the programs put in place to assist him and "continue[d] to associate with a negative peer group". The officer concluded that "[g]iven the young person's inability or unwillingness to participate in the various support services offered to date, his ability to abide any further such conditions within the community remains questionable."

[41] In view of all the information given in the letters, the Court of Appeal was amply justified in finding that the pre-sentence report, as a whole, satisfied the requirements of s. 40 YCJA.

### 3.4 *The DNA Order*

[42] Orders authorizing the taking of DNA samples are made pursuant to either s. 487.051 or s. 487.052 of the *Criminal Code*. The latter provision applies to offences committed before the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, came into force. Section 487.051(1)(b), which applies here, reads as follows:

**487.051** (1) Subject to section 487.053, if a person is convicted, discharged under section 730 or, in the case of a young person, found guilty under the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of

qu'il ne contenait pas les renseignements pertinents. Pour l'application de l'art. 40 LSJPA, la seule question est de savoir si le tribunal chargé de déterminer la peine disposait de suffisamment de renseignements pour être en mesure de déterminer une peine appropriée.

[40] Bien que, dans les lettres faisant état des renseignements les plus récents, ils n'aient pas recommandé de solution de rechange précise au placement sous garde, les agentes de probation ont signalé que des changements étaient survenus dans la situation de S.A.C., indiquant, de ce fait, que le rapport initial demeurerait valide sauf en ce qui concernait les parties modifiées par les lettres. Plus particulièrement, dans la deuxième lettre, l'agente faisait état de nombreux manquements à des conditions et de l'absence de motivation de S.A.C., ajoutant que celui-ci n'avait pas donné suite aux programmes mis en œuvre pour lui venir en aide et qu'il [TRADUCTION] « continu[ait] d'avoir de mauvaises fréquentations ». L'agente a conclu que « [p]uisque l'adolescent ne peut pas ou ne veut pas profiter des divers services de soutien qui lui ont été offerts jusqu'à présent, il est douteux qu'il arrive à se conformer à toute autre condition de cette nature d'une peine à purger au sein de la collectivité. »

[41] Compte tenu des renseignements fournis dans les lettres, la Cour d'appel était amplement justifiée de conclure que le rapport prédécisionnel était, dans son ensemble, conforme aux exigences de l'art. 40 LSJPA.

### 3.4 *L'ordonnance de prélèvement génétique*

[42] Les ordonnances de prélèvement génétique sont rendues en application de l'art. 487.051 ou de l'art. 487.052 du *Code criminel*. L'article 487.052 s'applique aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37. L'alinéa 487.051(1)(b), qui s'applique en l'espèce, est ainsi libellé :

**487.051** (1) Sous réserve de l'article 487.053, lorsqu'il déclare une personne coupable ou, en vertu de l'article 730, l'absout ou déclare un adolescent coupable sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre

Canada, 1985, or the *Youth Criminal Justice Act* of a designated offence, the court

(b) may, in the case of a secondary designated offence, make an order in Form 5.04 authorizing the taking of such samples if the court is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so.

[43] In *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61, at para. 20, Fish J. noted that Parliament has drawn a distinction between “primary” and “secondary” designated offences, which are defined in s. 487.04 of the *Criminal Code*. Where the offender is convicted of a secondary designated offence, the Crown must show that an order to provide a DNA sample would be in the best interests of the administration of justice. Where, however, an offender has been convicted of a primary designated offence, a DNA order *must* be made unless the court is satisfied that the offender has established that s. 487.051(2) applies.

[44] Offences under s. 348(1) of the *Criminal Code* that are committed in relation to dwellings were secondary designated offences pursuant to s. 487.04 until being defined as primary designated offences as of January 1, 2008 (see SI/2007-108, *Canada Gazette*, Part II, vol. 141, No. 25, December 12, 2007, at p. 2512).

[45] In the case at bar, the sentencing court ordered *proprio motu* that S.A.C. provide a DNA sample given the number of secondary designated offences before the court, the nature of the investigation, and S.A.C.’s prior and subsequent records.

[46] The Crown conceded on appeal that it was not open to the sentencing court to order the DNA samples *proprio motu*. It accordingly requested that the matter be remitted to the youth justice court for a proper resolution of the issue.

Y-1 des Lois révisées du Canada (1985), ou de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* d’une infraction désignée, le tribunal, selon le cas :

b) peut, dans le cas d’une infraction secondaire, rendre une ordonnance au même effet — rédigée selon la formule 5.04 —, s’il est convaincu que cela servirait au mieux l’administration de la justice.

[43] Dans l’arrêt *R. c. R.C.*, [2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61, par. 20, le juge Fish a fait remarquer que le législateur a établi une distinction entre les infractions « primaires » et « secondaires », qui sont définies à l’art. 487.04 du *Code criminel*. Lorsque le contrevenant est déclaré coupable d’une infraction « secondaire », c’est au ministère public qu’il incombe de démontrer qu’il est dans l’intérêt de l’administration de la justice de rendre une ordonnance de prélèvement génétique. Toutefois, lorsque la déclaration de culpabilité porte sur une infraction « primaire », le tribunal *doit* rendre cette ordonnance à moins d’être convaincu que le contrevenant a établi que le par. 487.051(2) s’applique.

[44] Les infractions relatives à une maison d’habitation, qui sont prévues au par. 348(1) du *Code criminel*, étaient des infractions « secondaires » selon l’art. 487.04, jusqu’à ce qu’elles soient définies comme étant des infractions « primaires » le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (voir TR/2007-108, *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 141, n<sup>o</sup> 25, 12 décembre 2007, p. 2512).

[45] En l’espèce, le tribunal chargé de déterminer la peine a ordonné de son propre chef le prélèvement d’un échantillon de l’ADN de S.A.C., en raison du nombre d’infractions « secondaires » dont il était saisi, de la nature de l’enquête et des antécédents antérieurs et ultérieurs de S.A.C.

[46] Le ministère public a reconnu en appel qu’il n’était pas loisible au tribunal chargé de déterminer la peine d’ordonner de son propre chef le prélèvement d’échantillons d’ADN en l’espèce. Par conséquent, il a demandé que l’affaire soit renvoyée au tribunal pour adolescents pour que la question soit réglée comme il se doit.

[47] The Court of Appeal found that the youth justice court had erred in making a DNA order in respect of secondary designated offences without hearing submissions from the parties and without requiring the Crown to discharge its burden of showing that an order would be in the best interests of the administration of justice. It remitted the matter to the youth justice court for reconsideration. S.A.C. argues in this Court that the Court of Appeal erred in remitting the matter instead of finding that the DNA order was improperly made. He would have the order struck.

[48] The decision of the Court of Appeal should not be disturbed. The youth justice court is the proper forum for assessing the appropriateness of issuing a DNA order.

#### 4. Conclusion

[49] Because of S.A.C.'s history indicating a pattern of findings of guilt, it was open to the youth justice court to impose a custodial sentence under the YCJA. Moreover, the pre-sentence report was sufficient and the DNA order was properly remitted to the youth justice court for reconsideration. The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Manitoba Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

[47] La Cour d'appel a conclu que le tribunal pour adolescents avait eu tort de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'infractions secondaires sans avoir entendu les observations des parties et sans avoir obligé le ministère public à s'acquitter de son obligation de démontrer qu'il serait dans l'intérêt de l'administration de la justice de rendre cette ordonnance. Elle a renvoyé l'affaire au tribunal pour adolescents pour qu'il la réexamine. S.A.C. fait valoir devant notre Cour que la Cour d'appel a eu tort de renvoyer l'affaire au tribunal pour adolescents au lieu de conclure que l'ordonnance de prélèvement génétique le visant était entachée d'irrégularité. Il estime que cette ordonnance devrait être annulée.

[48] Il n'y a pas lieu de modifier cette décision de la Cour d'appel. C'est au tribunal pour adolescents qu'il appartient d'évaluer la pertinence de rendre une ordonnance de prélèvement génétique.

#### 4. Conclusion

[49] Étant donné que les antécédents de S.A.C. indiquent qu'il a fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité, il était loisible au tribunal pour adolescents de lui imposer une peine comportant le placement sous garde dans le cadre de la LSJPA. En outre, le rapport prédécisionnel était suffisant et la question de l'ordonnance de prélèvement génétique a été renvoyée à bon droit au tribunal pour adolescents pour réexamen. Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

*Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Manitoba Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener Justice for Children  
and Youth: Canadian Foundation for Children,  
Youth and the Law, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Justice for Children  
and Youth : Canadian Foundation for Children,  
Youth and the Law, Toronto*

**City of Montréal (in right of the  
Communauté urbaine de  
Montréal) Appellant**

v.

**Commission des droits de la personne et des  
droits de la jeunesse and S.N. Respondents**

and

**Attorney General of Quebec, École nationale  
de police du Québec and Prisoners' Rights  
Committee Interveners**

**INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v. QUEBEC  
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES  
DROITS DE LA JEUNESSE)**

**Neutral citation: 2008 SCC 48.**

File No.: 31551.

2007: December 5; 2008: August 1.

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

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

*Human rights — Right to equality — Discrimination based on criminal record — Pardon — Candidate for employment as police officer rejected at initial stage of selection process because of prior conviction despite having been pardoned — Police force indicating that she did not satisfy “good moral character” criterion imposed by hiring standards provided for in statute and regulation — Whether candidate for employment as police officer enjoys protection of s. 18.2 of Charter of human rights and freedoms against discrimination based on prior conviction that connected with employment — Whether that protection applies to all existing forms of pardon, such as statutory pardon — Whether candidate rejected owing to mere fact of finding of guilt — Whether rejection of candidate justified under s. 20 of Quebec Charter, which provides that requirement of aptitudes and qualifications that necessary for employment*

\* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Ville de Montréal (aux droits  
de la Communauté urbaine de  
Montréal) Appelante**

c.

**Commission des droits de la personne et des  
droits de la jeunesse et S.N. Intimées**

et

**Procureur général du Québec, École nationale  
de police du Québec et Office des droits des  
détenu(e)s Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c. QUÉBEC  
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES  
DROITS DE LA JEUNESSE)**

**Référence neutre : 2008 CSC 48.**

N° du greffe : 31551.

2007 : 5 décembre; 2008 : 1<sup>er</sup> août.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Pardon — Candidate à un poste de policière exclue à la première étape du processus de sélection à cause d'une condamnation antérieure malgré sa réhabilitation — Service de police indiquant qu'elle ne remplit pas le critère des « bonnes mœurs » prescrit par les normes d'embauche prévues par la loi et le règlement — Le candidat à un poste de policier bénéficie-t-il de la protection qu'offre l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne contre la discrimination fondée sur un antécédent judiciaire dans le domaine de l'emploi? — Cette protection s'applique-t-elle à toutes les formes actuelles du pardon telle la réhabilitation légale? — L'exclusion de la candidate est-elle survenue du seul fait de la déclaration de culpabilité? — L'article 20 de la Charte québécoise qui répute non discriminatoire l'exigence d'aptitudes*

\* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

*deemed non-discriminatory — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 18.2, 20 — Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 6.1.*

In 1991, N pleaded guilty to a charge of theft in summary conviction proceedings and was conditionally discharged pursuant to s. 730 (then 736) of the *Criminal Code*. In 1995, she applied for employment as a police officer with the Service de police de la Communauté urbaine de Montréal (“SPCUM”), but her application was rejected because she did not satisfy the criterion of “good moral character” imposed by the *Police Act* and the by-law respecting hiring standards adopted pursuant to it. N informed the personnel officer that she had been pardoned. Section 6.1 of the *Criminal Records Act* (“CRA”) grants an automatic pardon once three years have elapsed since a conditional discharge. The SPCUM stood by its decision. N complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. She alleged that the SPCUM had, contrary to s. 18.2 of the *Charter of human rights and freedoms* (“Charter”), refused to hire her owing to the mere fact that she had been found guilty of a criminal offence even though she had been pardoned. The Human Rights Tribunal held that the SPCUM had infringed s. 18.2 of the *Charter*, and it awarded moral damages. The Court of Appeal affirmed that judgment.

*Held* (Binnie and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The rejection of N’s application infringed the *Charter*. Her statutory pardon is a “pardon” within the meaning of s. 18.2 of the *Charter*. Since the Quebec legislature has neither defined the scope of its reference to the federal law respecting pardons nor limited that reference in time, neither its use of that word in 1982 nor the legislative history limits the pardon referred to in s. 18.2 to the federal procedure or administrative mechanisms that existed at that time. The 1992 amendments to the *CRA* relating to the pardon resulting from a discharge were dictated by a concern to remove the requirement that discharged persons apply for a pardon in the same way as those who were convicted. This purpose is pursued in the legislation by providing that a pardon has effects that apply to discharged persons as well as to convicted persons: it helps them obliterate the stigma attached to the finding of guilt. [14-16] [19-20]

*et qualités requises pour un emploi permettait-il l’exclusion de la candidate? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2, 20 — Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 6.1.*

En 1991, N plaide coupable à une accusation de vol portée par voie de déclaration sommaire et reçoit une ordonnance d’absolution conditionnelle en vertu de l’art. 730 (alors 736) du *Code criminel*. En 1995, elle soumet sa candidature à un poste de policière auprès du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal (« SPCUM ») mais sa demande est rejetée parce qu’elle ne satisfait pas au critère des « bonnes mœurs » prescrit par la *Loi de police* et son règlement sur les normes d’embauche. N informe l’agent du personnel qu’elle a fait l’objet d’une réhabilitation. En effet, l’art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* (« *LCJ* ») accorde une réhabilitation automatique après un délai de trois ans suivant l’absolution conditionnelle. Le SPCUM maintient sa décision. N porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Elle allègue qu’on a refusé de l’embaucher du seul fait de la déclaration de culpabilité et malgré l’obtention d’un pardon, en contravention à l’art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« *Charte* »). Le Tribunal des droits de la personne statue que le SPCUM a contrevenu à l’art. 18.2 de la *Charte* et accorde des dommages-intérêts moraux. La Cour d’appel confirme ce jugement.

*Arrêt* (les juges Binnie et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La juge en chef* McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein : Le rejet de la candidature de N contrevenait à la *Charte*. La réhabilitation légale dont elle a bénéficié est bien un pardon au sens de l’art. 18.2 de la *Charte*. Le législateur québécois n’ayant ni circonscrit ni limité dans le temps sa référence au droit fédéral sur le pardon, ni son utilisation de ce mot en 1982 ni l’historique législatif n’imposent de limiter le pardon auquel réfère l’art. 18.2 à la procédure ou aux mécanismes administratifs fédéraux en vigueur à cette époque. Les modifications de 1992 à la *LCJ* concernant la réhabilitation en cas d’absolution furent dictées par le souci d’éliminer l’obligation, pour les personnes qui ont été absoutes, de devoir présenter une demande de réhabilitation au même titre que celles qui ont été condamnées. La loi tend à réaliser cet objectif en donnant à la réhabilitation des effets applicables aussi bien aux personnes absoutes qu’aux personnes condamnées : elle les aide à combattre les stigmates associés à la déclaration de culpabilité. [14-16] [19-20]



Police officers can benefit from the protection of s. 18.2 of the *Charter* because they hold employment. They are subject to their superiors, to the executive power of the state and to their employer's general supervisory powers. [13]

Under the *Police Act*, being of good moral character and not having a criminal record are separate criteria. The facts giving rise to a conviction are therefore on their own an insufficient basis for rejecting a candidate for not being of good moral character. However, a pardon does not erase the past. An employer is therefore entitled, in evaluating a candidate, to consider the facts that resulted in a finding of guilt. It can establish that a candidate was rejected or an employee dismissed for not being of "good moral character". However, such a defence requires proof of more than just a connection between the finding of guilt and the employment and may not be raised if the decision was based solely on the fact that the person has been found guilty of an offence. In the instant case, the rejection of N's application was based solely on a review of the file on which the finding of guilt was based. No further inquiry or interviews were conducted that would have made it possible to counter the presumption that the pardon had restored N's moral integrity. [24-26] [33-34]

The legislature has, by enacting s. 18.2, created a special rule for the stigma attached to findings of guilt. This rule cannot be disregarded by applying the more general rule in s. 20. The protection of s. 20, which relates to requirements of employment, is broader in several respects than that of s. 18.2. It encompasses occupational requirements that go beyond a person's integrity or character. However, an employer that imposes a requirement that is *prima facie* discriminatory must prove that it would suffer undue hardship if the requirement were not met. Section 18.2 does not require such proof. Where two different rules exist, a special rule prevails over a general one. To accept that s. 20 allows the employer to base its decision on the mere fact that the person was found guilty without taking the pardon into account would mean that a justification that is not applicable under s. 18.2 can be raised under s. 20. [30-31]

*Per Binnie and Charron JJ. (dissenting):* The SPCUM was justified in rejecting N's candidacy based on the fact that she was not, as required by s. 3 of the *Police Act*, a person of "good moral character". The refusal to hire was based on an aptitude or qualification required for an employment within the meaning of s. 20 of the *Charter*. Where the s. 18.2 protection applies, as in this case, there is no reason why the general grounds for

Les policiers peuvent bénéficier de la protection de l'art. 18.2 de la *Charte* puisque la fonction de policier s'exerce dans le cadre d'un emploi. Ils sont soumis à leurs supérieurs, au pouvoir exécutif de l'État et au pouvoir d'encadrement général de leur employeur. [13]

Dans la *Loi de police*, les bonnes mœurs et les antécédents judiciaires constituent des critères distincts. Les seuls faits donnant lieu à la condamnation sont donc insuffisants pour écarter une candidature au motif que le candidat n'est pas de bonnes mœurs. Par contre, la réhabilitation n'efface pas le passé. Un employeur est donc en droit de prendre en considération les faits qui ont entraîné la déclaration de culpabilité lorsqu'il évalue le candidat. Il peut établir qu'une candidature n'a pas été retenue ou qu'un employé a été congédié parce que l'intéressé n'était pas de « bonnes mœurs ». Un tel moyen de défense requiert cependant une preuve distincte du seul lien de la déclaration de culpabilité avec l'emploi et ne peut être invoqué si l'unique reproche est fondé sur l'existence de la déclaration de culpabilité. En l'espèce, N a été exclue à la suite du seul examen du dossier ayant fondé la déclaration de culpabilité. Aucune enquête additionnelle ou entrevue n'a été faite qui permettrait de contrer la présomption que la réhabilitation a restauré l'intégrité morale de N. [24-26] [33-34]

Le législateur a créé, par l'art. 18.2, un régime particulier pour les stigmates associés aux déclarations de culpabilité. Il ne s'agit pas d'un régime qui pourrait être écarté par suite de l'application du régime plus général de l'art. 20. La portée de l'art. 20, qui vise les exigences de l'emploi, est plus large à plusieurs égards que la protection de l'art. 18.2. Elle englobe des exigences professionnelles qui vont au-delà de l'intégrité de la personne ou de sa réputation. Par ailleurs, l'employeur qui impose une exigence à première vue discriminatoire, doit faire la preuve qu'il subit une contrainte excessive si cette exigence n'est pas respectée. Une telle preuve n'est pas requise par l'art. 18.2. En présence de deux régimes distincts, la règle générale est écartée au profit de la règle particulière. Accepter que l'art. 20 permette à l'employeur de faire reposer sa décision sur le simple fait de la déclaration de culpabilité malgré la réhabilitation signifierait que la justification exclue par l'art. 18.2 peut être reprise en vertu de l'art. 20. [30-31]

*Les juges Binnie et Charron (dissidents) :* Le SPCUM était fondé à rejeter la candidature de N au motif qu'elle n'était pas, comme l'exige l'art. 3 de la *Loi de police*, de « bonnes mœurs ». Le refus d'embauche reposait sur une aptitude ou qualité requise par l'emploi au sens de l'art. 20 de la *Charte*. Dans les cas où la protection de l'art. 18.2 s'applique, comme en l'espèce, il n'y a aucune raison d'exclure de l'application de la *Charte* les motifs

justification contained in s. 20 should be carved out of the *Charter*. The obiter statements in previous decisions of this Court to the effect that s. 18.2 is a “self-contained” or “independent” provision in respect of which s. 20 finds no application should be departed from. [39] [43] [80]

The French version of s. 18.2 of the *Charter* is more consistent with the intention of the legislature that the protection extends to all persons who have received some form of pardon. It refers to a person who has been found guilty of a criminal or penal offence whereas the English text refers to a person being convicted. While all persons who are convicted were first found guilty of the offence, some persons found guilty are not convicted but rather granted an absolute or conditional discharge. It is apparent from reading s. 6.1 *CRA* in context and from a large and liberal approach to the *Charter* that s. 18.2 includes those whose criminal records have been sealed following a discharge pursuant to s. 6.1 *CRA*. [51] [54-55]

Section 20 of the *Charter* is a general clause that deems certain distinctions, exclusions or preferences non-discriminatory and it is not subsumed under s. 18.2. Certain provisions of the *Charter* make explicit reference to the grounds enumerated in s. 10 but do not apply to the s. 18.2 protection. In contrast, s. 20 of the *Charter* does not refer to discrimination based solely on s. 10 grounds. The logic is not that demonstrating a “connection to the employment” under 18.2 leaves nothing to be decided under s. 20, which would in any case hold only so far as that branch of 18.2 is concerned. Given the general nature of s. 20, and the fact that, like s. 18.2, it also deals with the employment context, it should be read in harmony with s. 18.2. Distinctions based on criminal record that otherwise fall within the scope of the s. 18.2 protection should be deemed non-discriminatory if they relate to aptitudes or qualifications required for an employment. This ensures that the *Charter* serves its purpose of preventing a criminal record from being an unnecessary and unjust barrier to employment while not overshooting the scope of the protection. This approach is consistent with the legislation in other Canadian jurisdictions. [43] [60-62] [65] [75-76]

If a pardon were to provide an absolute protection as contended, it would result in absurdities. An employer

généraux de justification contenus dans l’art. 20. Il faut s’écarter des remarques incidentes formulées dans des décisions antérieures de la Cour selon lesquelles l’art. 18.2 est une disposition « à circuit fermé » ou « autonome » à l’égard de laquelle l’art. 20 ne s’applique pas. [39] [43] [80]

La version française de l’art. 18.2 de la *Charte* est davantage conforme à l’intention du législateur d’étendre la protection à toutes les personnes qui ont obtenu une forme de pardon. Elle mentionne une personne ayant été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle alors que dans la version anglaise il est question d’une personne ayant été *convicted* (condamnée). Toutes les personnes condamnées sont d’abord déclarées coupables de l’infraction, mais certaines personnes déclarées coupables ne sont pas condamnées : elles obtiennent une absolution inconditionnelle ou sous conditions. Il est clair, à la lecture de l’art. 6.1 *LCJ*, pris dans son contexte, et selon une interprétation large et libérale de la *Charte*, que l’art. 18.2 vise aussi les personnes dont le dossier judiciaire a été mis sous scellés à la suite d’une absolution accordée en vertu de l’art. 6.1 *LCJ*. [51] [54-55]

L’article 20 de la *Charte* est une disposition générale selon laquelle certaines distinctions, exclusions ou préférences sont réputées non discriminatoires et il n’est pas subsumé sous l’art. 18.2. Certaines dispositions de la *Charte* font explicitement référence aux motifs énumérés à l’art. 10, mais ne s’appliquent pas à la protection offerte par l’art. 18.2. En revanche, l’art. 20 de la *Charte* ne vise pas les cas de discrimination fondée uniquement sur les motifs énoncés à l’art. 10. Cela ne veut pas dire que, lorsqu’un « lien avec l’emploi » est établi selon l’art. 18.2, l’art. 20 devient sans pertinence. C’est un raisonnement qui, de toute façon, ne serait valable que dans la mesure où il est question de ce volet de l’art. 18.2. Étant donné la nature générale de l’art. 20 et le fait que, tout comme l’art. 18.2, il touche aussi des aspects liés à l’emploi, il devrait recevoir une interprétation qui s’accorde avec l’art. 18.2. Les distinctions fondées sur les antécédents judiciaires, qui sont autrement visées par la protection de l’art. 18.2, devraient être réputées non discriminatoires si elles portent sur les aptitudes ou qualités requises par l’emploi. Cela permet de garantir que la *Charte* remplit son objectif d’empêcher que l’existence d’un casier judiciaire soit un obstacle inutile et injuste en matière d’emploi, sans pour autant excéder la portée de la protection. Cette approche est compatible avec la législation d’autres ressorts canadiens. [43] [60-62] [65] [75-76]

Si, comme il a été avancé, un pardon devait conférer une protection absolue, cela mènerait à des absurdités.

who requires its employees to be of high moral character could justifiably refuse to hire persons who have engaged in questionable activities that fall well short of criminal behaviour, or criminal activities that never formed the subject matter of a charge, or reprehensible acts in respect of which the candidate has been charged but acquitted. However, the same employer would be prohibited from refusing to hire a person who has committed a criminal act that has been proven beyond a reasonable doubt, if that person has obtained a pardon. [68]

The burden is still on the employer to prove that the aptitude or qualification is required and the fact that a person has received a pardon should factor into the requirement analysis. The standard of “good moral character” set out in s. 3 of the *Police Act* meets the first two steps of the *bona fide* occupational requirement test, as it is rationally connected to the job and is imposed in good faith. With respect to the third step, in the case of police officers, the hardship is two-fold: the risk of recidivism and the public perception of the integrity of the police force. The nature of the employment requires the highest standard of moral character. In the case of N, the SPCUM obtained the police reports and statements made at the time of the infraction, as well as the court record. Because the crime was deliberate and N was an adult at the time, it determined that she was not, as required, a person of “good moral character”. The SPCUM was justified in refusing to hire N and thus its actions did not violate the *Charter*. [74] [81] [85-87]

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 591, 2007 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68.

By Charron J. (dissenting)

*Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Hammerling v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 905; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *British Columbia*

*L'employeur qui exige de ses employés qu'ils soient de haute moralité pourrait à bon droit refuser d'embaucher des personnes ayant été impliquées dans des activités douteuses qui sont bien loin d'être considérées comme criminelles ou dans des activités criminelles n'ayant jamais fait l'objet d'accusations, ou encore dans des actes répréhensibles dont le candidat a été accusé, mais à l'égard desquels il a été acquitté. Toutefois, le même employeur ne pourrait refuser d'embaucher une personne ayant commis un crime dont la perpétration a été démontrée hors de tout doute raisonnable, si cette personne a obtenu un pardon. [68]*

Il incombe encore à l'employeur de prouver qu'il s'agit d'une aptitude ou qualité requise et il faut, dans l'analyse relative à l'exigence, tenir compte de la réhabilitation de la personne en cause. La norme des « bonnes mœurs » à l'art. 3 de la *Loi de police* remplit manifestement les deux premières conditions du critère relatif à l'exigence professionnelle justifiée, car il existe un lien rationnel entre la norme et l'emploi et qu'elle est imposée de bonne foi. En ce qui concerne la troisième condition, dans le cas des policiers, les contraintes sont de deux ordres : le risque de récidive et la perception qu'a le public de l'intégrité des services de police. La nature de l'emploi exige la plus haute norme de moralité. Dans le cas de N, le SPCUM a obtenu les rapports de police établis et les déclarations policières émises à l'époque de l'infraction ainsi que le dossier judiciaire. Comme le crime avait été commis délibérément et que N était alors une adulte, il a jugé qu'elle n'était pas de « bonnes mœurs ». Le SPCUM était fondé à refuser d'embaucher N et ses actions n'étaient donc pas contraires à la *Charte*. [74] [81] [85-87]

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68.

Citée par la juge Charron (dissidente)

*Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Hammerling c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 905; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *Colombie-Britannique*

(*Public Service Employee Relations Commission*) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 S.C.R. 561, 2008 SCC 43; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 591, 2007 SCC 14.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting police organization*, R.S.Q., c. O-8.1.  
*By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets*, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14, s. 2(b), (c).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 10.1, 18.1, 18.2, 20.  
*Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, s. 7(3).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 161, 334(b)(ii), 607, 667, 730, 748, 753.  
*Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 2 "pardon", 5, 6.1.  
*Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3.  
*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12.  
*Human Rights Act*, R.S.Y. 2002, c. 116.  
*Human Rights Act*, S. Nu. 2003, c. 12.  
*Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.  
*Police Act*, R.S.Q., c. P-13, s. 3.  
*Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1.

### Authors Cited

Canada. Solicitor General. *Proposal for Reform of the Criminal Records Act*. Explanatory document by the Solicitor General of Canada. Ottawa: Solicitor General of Canada, July 20, 1991.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Hilton and Bich J.J.A.), [2006] R.J.Q. 1307, [2006] Q.J. No. 4125 (QL), 2006 CarswellQue 3696, 2006 QCCA 612, upholding a decision of the Human Rights Tribunal, [2002] R.J.Q. 824, [2001] J.T.D.P.Q. No. 17 (QL), 2001 CarswellQue 2785. Appeal dismissed, Binnie and Charron JJ. dissenting.

(*Public Service Employee Relations Commission*) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, 2008 CSC 43; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14.

### Lois et règlements cités

*Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, art. 7(3).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 10.1, 18.1, 18.2, 20.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 161, 334b(ii), 607, 667, 730, 748, 753.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.  
*Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6.  
*Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, art. 3.  
*Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3.  
*Loi sur l'organisation policière*, L.R.Q., ch. O-8.1.  
*Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1.  
*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 2 « réhabilitation », 5, 6.1.  
*Loi sur les droits de la personne*, L. Nu. 2003, ch. 12.  
*Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, ch. 116.  
*Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18.  
*Règlement sur les normes d'embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux*, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14, art. 2b), c).

### Doctrine citée

Canada. Solliciteur général. *Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire*. Document explicatif du Solliciteur général du Canada. Ottawa : Solliciteur général du Canada, 20 juillet 1991.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Hilton et Bich), [2006] R.J.Q. 1307, [2006] J.Q. n° 4125 (QL), 2006 CarswellQue 3696, 2006 QCCA 612, qui a confirmé une décision du Tribunal des droits de la personne, [2002] R.J.Q. 824, [2001] J.T.D.P.Q. n° 17 (QL), 2001 CarswellQue 2785. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Charron sont dissidents.

*Pierre Yves Boisvert, Jean-Nicolas Loisel and Guy Régimbald*, for the appellant.

*Pierre-Yves Bourdeau and Christian Baillargeon*, for the respondents.

*Hugo Jean*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Louis Masson, Albina Mulaomerovic and Gérald Laprise*, for the intervener École nationale de police du Québec.

*Pier Bélisle and Jacky-Éric Salvant*, for the intervener the Prisoners' Rights Committee.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Is a person who has obtained a pardon protected by s. 18.2 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Charter*”), on applying for employment as a police officer? The answer to this question is yes, but this does not deprive the employer of the defences available to it when its decision is not based on the stigma attached to the conviction in respect of which the pardon was granted.

#### 1. Facts

[2] In May 1995, S.N. applied for employment as a police officer with the Service de police de la Communauté urbaine de Montréal (“SPCUM”). In November 1995, she received a letter from the SPCUM informing her that her application had been rejected.

[3] S.N. asked why it had been rejected. A personnel officer told her that she did not satisfy the criterion of “good moral character” imposed by the hiring standards, since an inquiry had revealed that she had been caught shoplifting in 1990, when she was 21 years old. She had pleaded guilty to a charge of theft in summary conviction proceedings (s. 334(b)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”)) and had been conditionally

*Pierre Yves Boisvert, Jean-Nicolas Loisel et Guy Régimbald*, pour l’appelante.

*Pierre-Yves Bourdeau et Christian Baillargeon*, pour les intimées.

*Hugo Jean*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Louis Masson, Albina Mulaomerovic et Gérald Laprise*, pour l’intervenante l’École nationale de police du Québec.

*Pier Bélisle et Jacky-Éric Salvant*, pour l’intervenant l’Office des droits des détenu(e)s.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — La personne qui a obtenu un pardon et qui postule pour un poste de policier bénéficie-t-elle de la protection accordée par l’art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* »)? La réponse à cette question est positive, mais cela ne prive pas l’employeur des moyens de défense qui lui sont ouverts lorsque sa décision ne repose pas sur les stigmates liés à la déclaration de culpabilité qui a fait l’objet du pardon.

#### 1. Les faits

[2] En mai 1995, S.N. soumet sa candidature à un poste de policière auprès du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal (« SPCUM »). En novembre 1995, elle reçoit une lettre du SPCUM l’informant que sa demande est rejetée.

[3] Devant ce refus, S.N. s’enquiert des raisons ayant motivé le rejet de sa candidature. Un agent du personnel lui indique qu’elle ne satisfait pas au critère des « bonnes mœurs » prescrit par les normes d’embauche : une enquête a révélé qu’elle a commis un vol à l’étalage en 1990, alors qu’elle était âgée de 21 ans. Elle a plaidé coupable à une accusation de vol portée par voie de déclaration sommaire de culpabilité (sous-al. 334b)(ii) du *Code criminel*,

discharged. S.N. informed the officer that she had been pardoned, but the SPCUM stood by its decision.

[4] S.N. complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”). She asserted that the SPCUM had, contrary to s. 18.2 of the *Charter*, refused to hire her owing to the mere fact that she had been found guilty of a criminal offence.

[5] The Commission investigated the complaint and proposed two measures of redress to the SPCUM: that it pay S.N. \$5,000 in moral damages and that it cease to consider her criminal record in applying the good moral character criterion. The SPCUM refused to implement them. The Commission submitted an application to the Human Rights Tribunal (“HRT”) against the SPCUM.

## 2. Issues and Decisions Below

[6] The SPCUM argued that service as a police officer does not constitute employment and is therefore not subject to s. 18.2 of the *Charter*. It added that the rejection of S.N.’s application had been based not on her criminal record, which consisted of the one finding of guilt for shoplifting, but on the “good moral character” criterion provided for in the *By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets*, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14 (“*By-law respecting standards for hiring*”). The SPCUM further submitted that a pardon resulting solely from the passage of time is not a “pardon” within the meaning of s. 18.2 of the *Charter* and that, under s. 20 of the *Charter*, it could take account of the fact that S.N. did not meet the requirements of the job. The SPCUM maintained that it had committed no fault justifying an award of damages.

[7] The HRT concluded that a police officer working for the SPCUM holds employment within

L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »)), et une ordonnance d’absolution conditionnelle a été prononcée. S.N. informe l’agent qu’elle a fait l’objet d’une réhabilitation. Le SPCUM maintient néanmoins sa décision.

[4] S.N. porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Elle affirme qu’on a, en contra-vention avec l’art. 18.2 de la *Charte*, refusé de l’embaucher du seul fait de sa déclaration de culpabilité.

[5] La Commission fait enquête et propose au SPCUM deux mesures de redressement : verser à S.N. la somme de 5 000 \$ à titre de dommages-intérêts moraux et cesser de considérer les antécédents judiciaires pour l’application du critère des « bonnes mœurs ». Le SPCUM refuse de mettre en œuvre ces mesures. La Commission saisit le Tribunal des droits de la personne (« TDP ») d’une plainte contre le SPCUM.

## 2. Questions en litige et décisions des juridictions inférieures

[6] Le SPCUM prétend que la fonction de policier ne constitue pas un emploi et n’est donc pas assujettie à l’art. 18.2 de la *Charte*. Il plaide aussi que la candidature de S.N. a été écartée non pas en raison de ses antécédents judiciaires, en l’occurrence la seule déclaration de culpabilité pour le vol à l’étalage, mais sur le fondement du critère des « bonnes mœurs » prescrit par le *Règlement sur les normes d’embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux*, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14. (« *Règlement sur les normes d’embauche* »). Le SPCUM soutient de plus que la réhabilitation résultant du seul écoulement du temps ne constitue pas un pardon visé à l’art. 18.2 de la *Charte* et que l’art. 20 de ce même texte autorise le SPCUM à tenir compte du fait que S.N. ne satisfait pas aux exigences de l’emploi. Le SPCUM affirme n’avoir commis aucune faute donnant ouverture à des dommages-intérêts.

[7] Le TDP exprime l’avis que les policiers au service du SPCUM occupent un emploi visé à

the meaning of s. 18.2 of the *Charter* and that the SPCUM had automatically excluded S.N. from the hiring process because of her criminal record. The HRT held that a pardon that results solely from the passage of time following an order of discharge is a “pardon” within the meaning of s. 18.2 of the *Charter*. Accordingly, even though S.N.’s offence was connected with employment as a police officer, the SPCUM could not reject her application on the basis that the facts surrounding the incident in which she was caught shoplifting showed that she was not of good moral character. The HRT found that by rejecting it on that basis, the SPCUM had infringed s. 18.2 of the *Charter*. Since S.N. had given up on becoming a police officer, the HRT ordered the SPCUM, because her dignity had nevertheless been impaired, to pay her \$5,000 in moral damages. However, the HRT did not grant the Commission’s request to order the SPCUM to cease considering S.N.’s criminal record in applying the good moral character criterion ([2002] R.J.Q. 824). The case was appealed to the Court of Appeal.

[8] The Court of Appeal affirmed the HRT’s decision ([2006] Q.J. No. 4125 (QL), 2006 QCCA 612), stating that police officers are in an employment relationship and that the SPCUM’s hiring process must be consistent with s. 18.2 of the *Charter*, which was not the case here. Since S.N. had been pardoned, the SPCUM could not reject her application on the basis that she had been found guilty of a criminal offence or on the basis of the facts of the offence. According to the Court of Appeal, an employer that refuses to hire a candidate solely because of his or her criminal record cannot rely on s. 20 of the *Charter* as a defence. The Court of Appeal held that there was no reason to intervene on the issue of damages.

[9] The same arguments were made in this Court.

### 3. Analysis

[10] The issue here concerns the interpretation of s. 18.2 of the *Charter*, which reads as follows:

l’art. 18.2 de la *Charte* et que le SPCUM a automatiquement exclu S.N. du processus d’embauche en raison de ses antécédents judiciaires. Le TDP estime que la réhabilitation qui résulte du seul écoulement du temps depuis l’ordonnance d’absolution constitue un pardon visé à l’art. 18.2 de la *Charte*. Par conséquent, même si l’infraction commise par S.N. avait un lien avec l’emploi de policier, le SPCUM ne pouvait rejeter sa candidature au motif que les faits entourant la commission du vol à l’étalage auraient démontré qu’elle n’était pas de bonnes mœurs. Le TDP statue que, en agissant ainsi, le SPCUM a contrevenu à l’art. 18.2 de la *Charte*. Comme S.N. a renoncé à devenir policière mais a tout de même subi une atteinte à sa dignité, le TDP ordonne au SPCUM de lui verser la somme de 5 000 \$ à titre de dommages-intérêts moraux. Le TDP n’accepte cependant pas, comme lui demandait la Commission, d’ordonner au SPCUM de cesser de prendre en considération les antécédents judiciaires lorsqu’il applique le critère des « bonnes mœurs » ([2002] R.J.Q. 824). L’affaire est portée devant la Cour d’appel.

[8] La Cour d’appel confirme le jugement du TDP ([2006] R.J.Q. 1307, 2006 QCCA 612). Elle estime que la fonction de policier s’exerce dans le cadre d’une relation d’emploi et que le processus d’embauche du SPCUM doit respecter l’art. 18.2 de la *Charte*, ce qui n’a pas été fait en l’espèce. Dans la mesure où S.N. a fait l’objet d’une réhabilitation, le SPCUM ne pouvait pas rejeter sa candidature en raison de sa déclaration de culpabilité ou des faits entourant l’infraction. Selon la Cour d’appel, l’art. 20 de la *Charte* ne peut être invoqué comme moyen de défense par un employeur qui refuse d’embaucher un candidat sur la seule base de ses antécédents judiciaires. La Cour d’appel estime qu’il n’y a pas lieu d’intervenir sur la question des dommages-intérêts.

[9] Les mêmes arguments sont repris devant notre Cour.

### 3. Analyse

[10] Le litige porte sur l’interprétation de l’art. 18.2 de la *Charte*, lequel est rédigé ainsi :

**18.2.** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

This Court previously considered this provision in *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, where it identified four conditions that must be met for s. 18.2 to apply (para. 140). There must be:

- (1) a dismissal, a refusal to hire or any kind of penalty,
- (2) decided on in relation to the person's employment,
- (3) owing to the mere fact that the person was convicted of a penal or criminal offence, and
- (4) either the offence must be in no way connected with the employment or the person must have obtained a pardon for the offence.

[11] The instant case concerns a refusal to hire, but this condition for the application of s. 18.2 is not in issue. The appellant's grounds of appeal relate to the other three conditions: Does a police officer in the SPCUM hold employment within the meaning of s. 18.2 of the *Charter*? Is a pardon that results solely from the passage of time a "pardon" within the meaning of s. 18.2? And did the SPCUM refuse to hire S.N. owing to the mere fact that she had a criminal record?

3.1 *Does a police officer's relationship with the SPCUM constitute employment within the meaning of s. 18.2 of the Charter?*

[12] The appellant argues that service as a police officer must be likened to the office of a judge for the purposes of s. 18.2 of the *Charter*. It takes the Court's conclusions in *Therrien* and applies them to police officers. The appellant's argument is without merit. In *Therrien*, Gonthier J. explained his reasons for holding that judicial office is not *employment* within the meaning of s. 18.2 as follows (at para. 141):

**18.2.** Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

Notre Cour s'est déjà penchée sur cette disposition dans l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, où elle a dégagé les quatre conditions d'application de l'art. 18.2 (par. 140). Il faut être en présence :

- (1) d'un congédiement, d'un refus d'embauche ou d'une pénalité quelconque;
- (2) décidé dans le cadre d'un emploi;
- (3) du seul fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, et
- (4) l'infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou la personne en a obtenu le pardon.

[11] Il s'agit ici d'un refus d'embauche, mais cette condition d'application ne fait pas l'objet du litige. Les moyens d'appel de l'appelante portent sur les trois autres conditions : la fonction de policier au sein du SPCUM s'exerce-t-elle dans le cadre d'un emploi au sens de l'art. 18.2 de la *Charte*? La réhabilitation résultant du seul écoulement du temps est-elle un pardon au sens de l'art. 18.2? Le refus d'embauche est-il dû au seul fait des antécédents judiciaires de S.N.?

3.1 *La relation du policier avec le SPCUM est-elle un emploi au sens de l'art. 18.2 de la Charte?*

[12] L'appelante plaide que la fonction de policier doit être assimilée à celle de juge pour l'application de l'art. 18.2 de la *Charte*. Elle reprend, en les appliquant aux policiers, les conclusions de la Cour dans *Therrien*. La prétention de l'appelante est dénuée de fondement. Dans *Therrien*, le juge Gonthier a expliqué ainsi les motifs justifiant de conclure que la fonction de juge ne constituait pas un *emploi* au sens où l'entend l'art. 18.2 (par. 141) :



However, the Court of Appeal held that judicial office was not an employment within the meaning intended by s. 18.2, by reason of the history of the judiciary and the nature, characteristics and requirements of the office. These findings in fact reflect the constitutional reality of judicial office, which requires that judges not be subject to any bureaucratic higher authority, or be a party to any relationship of subordination such as is traditionally characteristic of the employer-employee relationship, other than in respect of certain administrative aspects of the office such as workload allocation and scheduling of court sittings and certain duties associated with the enforcement of judicial ethics, which are assigned to the chief judge: see s. 96 *C.J.A.* and *Ruffo* [[1995] 4 S.C.R. 267], at para. 59. In addition, although judges perform their functions for remuneration, their financial security is one of the three essential conditions of judicial independence for the purposes of s. 11(d) of the *Canadian Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which require that the right to salary and pension be established by law and that any salary reduction, increase or freeze be the subject of a specific process allowing avoidance of any possibility of real or perceived interference by the Executive: *Valente* [[1985] 2 S.C.R. 673], at p. 704, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court* [[1997] 3 S.C.R. 3], at paras. 131 and 287. Finally, the hiring and firing process for judges is substantially different from the normal procedure used for most employments. As the case at bar illustrates, the appointment and removal of members of the judiciary are governed by a series of constitutional requirements that are intended to protect their security of tenure: *Valente*, at p. 698.

[13] Police officers do not enjoy the constitutional protection judges are granted to ensure that they are not subject to any bureaucratic higher authority. The police officer's role is of course essential to any organized society, since it ensures order and security. Police officers are an integral part of the judicial system established to punish delinquent behaviour and prevent wrongdoing. However, this does not mean that they do not hold employment. Furthermore, as the Court of Appeal noted (at para. 41) after reviewing the legislative provisions governing service as a police officer, [TRANSLATION] "police officers are subject to their superiors, to the executive power of the State, and to the general supervisory powers of their employer in the exercise of their tasks" (see the *Act respecting police organization*, R.S.Q., c. O-8.1; the *Police Act*, R.S.Q.,

Cependant, la Cour d'appel a jugé que la fonction de juge ne constituait pas un emploi au sens où l'entend l'art. 18.2 et ce, en raison de l'histoire de la magistrature, la nature, les caractéristiques et les exigences de la fonction. Ces conclusions sont, en effet, le reflet d'une réalité constitutionnelle propre à la fonction judiciaire. Celle-ci exige que le juge ne soit soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure ou qu'il ne soit lié par aucune relation de subordination qui caractérise traditionnellement la relation employeur-employé, mis à part certains aspects administratifs de sa charge comme la répartition du travail et la fixation des séances de la cour, ainsi que certaines tâches liées à l'application de la déontologie judiciaire, qui relèvent du juge en chef : voir art. 96 *L.T.J.* et *Ruffo* [[1995] 4 R.C.S. 267], par. 59. De plus, bien que le juge exerce ses fonctions moyennant rétribution, sa sécurité financière constitue l'une des trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne* et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui exigent que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et que toute réduction, hausse ou gel des traitements fasse l'objet d'un processus particulier permettant d'éviter toute possibilité d'ingérence, réelle ou perçue, de la part de l'exécutif : *Valente* [[1985] 2 R.C.S. 673], p. 704, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales* [[1997] 3 R.C.S. 3], par. 131 et 287. Finalement, le processus d'embauche et de congédiement d'un juge s'éloigne considérablement de la procédure habituelle utilisée pour la majorité des emplois. La nomination et la destitution des membres de la magistrature, la présente affaire en témoigne, sont soumises à une série d'exigences constitutionnelles afin de protéger leur inamovibilité : *Valente*, p. 698.

[13] Les policiers ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle qui est accordée aux juges et qui exige que ceux-ci ne soient soumis à aucune autorité hiérarchiquement supérieure. Certes, la fonction de policier est essentielle dans toute société organisée, puisqu'elle assure l'ordre et la sécurité. Les policiers font partie intégrante de l'appareil judiciaire mis en place pour sanctionner les comportements délinquants et prévenir les écarts de conduite. Cependant, cela ne signifie nullement que cette fonction n'est pas exercée dans le cadre d'un emploi. D'ailleurs, comme le signale la Cour d'appel (par. 41) après avoir passé en revue les dispositions législatives encadrant la fonction de policier, « les policiers sont soumis à leurs supérieurs, soumis au pouvoir exécutif de l'État et soumis, dans l'exercice de leurs tâches au pouvoir

c. P-13; and the *By-law respecting standards for hiring*). Although some of this legislation — which was in force at the relevant time — has since been replaced, the status of police officers remains the same. The relationship of subordination that characterizes the employment relationship of police officers clearly distinguishes them from judges. Thus, police officers hold employment and can benefit from the protection of s. 18.2 of the *Charter*.

### 3.2 *Is a statutory pardon a “pardon” within the meaning of s. 18.2?*

[14] The appellant submits that the use of the word “pardon” in s. 18.2 of the *Charter* is a static interjurisdictional reference and that in enacting s. 18.2 in 1982, the legislature was concerned only with pardons as they existed at the time. According to this interpretation, the protection afforded someone who is granted a pardon under the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47 (“*CRA*”), has been virtually eliminated as a result of the amendments made by Parliament to the *CRA* in 1992. This argument cannot be accepted. A restrictive interpretation such as this is not necessary merely because the word “pardon” is used in the French version of s. 18.2 of the *Charter*. The use of the word “réhabilitation” in the French version of the *CRA* does not indicate a substantive change, since the single word “pardon” is used in the English versions of both statutes. Nor do the administrative changes alter the concept of a pardon. This word has a more general meaning. The Quebec legislature has neither defined the scope of its reference to the federal law respecting pardons nor limited that reference in time. Its incorporation of this concept in the *Charter* must be seen as concerning the pardon in the law as it stands at the time the reference is applied. As the law now stands, the administrative pardon is a form of pardon. The word encompasses both a pardon granted by royal prerogative (s. 748 *Cr. C.*) and a pardon under the *CRA*.

[15] The 1992 amendments to the *CRA* specifically affect someone who is granted a discharge.

d’encadrement général de leur employeur » (voir la *Loi sur l’organisation policière*, L.R.Q., ch. O-8.1; la *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13; et le *Règlement sur les normes d’embauche*). Bien que certains de ces textes — qui étaient en vigueur lors des événements en litige — aient été remplacés depuis, le statut du policier est demeuré inchangé. Il est clair que le lien de subordination qui caractérise la relation d’emploi des policiers distingue ceux-ci des juges. La fonction de policier s’exerce donc dans le cadre d’un emploi et les policiers peuvent bénéficier de la protection de l’art. 18.2 de la *Charte*.

### 3.2 *La réhabilitation légale est-elle un pardon au sens de l’art. 18.2?*

[14] Selon l’appelante, la mention du mot « pardon » à l’art. 18.2 de la *Charte* constitue un renvoi interlégislatif statique. Le législateur n’aurait visé que le pardon tel qu’il existait lors de l’adoption de l’art. 18.2 en 1982. D’après cette interprétation, la protection accordée aux personnes qui se voient octroyer une réhabilitation serait pratiquement éliminée en raison des modifications apportées par le Parlement en 1992 à la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47 (« *LCJ* »). Cet argument ne peut être accepté. Le seul fait de l’utilisation du mot « pardon » à l’art. 18.2 n’impose nullement une telle interprétation limitative. En effet, l’utilisation du mot « réhabilitation » dans la version française de la *LCJ* ne reflète aucun changement de fond puisque le mot « pardon » est utilisé dans la version anglaise des deux lois. De plus, les changements administratifs ne modifient pas le concept de pardon. Ce terme a une portée générale. Le législateur québécois n’a ni circonscrit ni limité dans le temps sa référence au droit fédéral sur le pardon. Son incorporation de ce concept dans la *Charte* doit être interprétée comme ayant pour objet le pardon selon l’état du droit au moment de l’utilisation du renvoi. Or, l’état actuel du droit fait de la réhabilitation administrative une forme de pardon. Le terme vise tant le pardon accordé par prérogative royale (art. 748 *C. cr.*) que la réhabilitation prévue par la *LCJ*.

[15] Les modifications apportées à la *LCJ* en 1992 touchent particulièrement les personnes qui

As a result of these amendments, a pardon is obtained solely through the passage of time. The person in question receives no document attesting to his or her pardon. Parliament made this amendment in response to a report by an interdepartmental committee on the reform of the *CRA*: *Proposal for Reform of the Criminal Records Act* (July 20, 1991), Explanatory document by the Solicitor General of Canada, at p. 1. The report began by referring to the purpose of a pardon:

The primary aim of a pardon, granted under the *Criminal Records Act (CRA)* is the removal, as completely as possible, of the negative consequences of conviction once the offender has fulfilled the sentence and enough time has elapsed to establish, with some degree of certainty, law abiding behaviour.

[16] In the case of discharged persons, the reform was dictated by a concern to “[address] the anomaly of requiring those persons receiving discharges (and therefore no conviction) to apply for a pardon” (p. 5). Under s. 730(3) *Cr. C.*, a person found guilty of an offence who is discharged is deemed not to have been convicted of the offence. The new process was therefore designed to further recognition of the distinction between a person who is found guilty and discharged and a person who is convicted and sentenced under the *Criminal Code*. As a result of the amendments, if more than three years have elapsed since a conditional discharge or if more than one year has elapsed since an absolute discharge, no record of the discharge may be disclosed to any person, nor may the existence of the record be disclosed. The interdepartmental committee considered this time period necessary to meet the requirements for proving previous convictions or discharges, appealing and pleading *autrefois convict* (ss. 667 and 607 *Cr. C.*). It also wanted to ensure that discharged persons would be provided the same protection as before the amendments (report, at p. 6). Thus, the amendments to the *CRA* were not intended to deprive discharged persons of the benefit of that statute.

bénéficient d’une absolution. Par suite de ces modifications, la réhabilitation intervient du seul fait de l’écoulement du temps. Aucun document attestant leur réhabilitation ne leur est délivré. Cette modification a été apportée par le Parlement à la suite du rapport d’un comité interministériel chargé de la réforme de la *LCJ* : *Proposition de réforme de la Loi sur le casier judiciaire* (20 juillet 1991), Document explicatif du Solliciteur général du Canada, p. 1. Le rapport fait d’abord état du but de la réhabilitation :

Le but premier de la réhabilitation accordée en vertu de la *LCJ* est d’éliminer le plus possible les conséquences négatives de la condamnation une fois que le délinquant a exécuté la peine et qu’il s’est écoulé suffisamment de temps pour qu’on puisse établir, de façon assez certaine, que la personne respecte maintenant les lois.

[16] Dans le cas des personnes absoutes, la réforme est dictée par le souci de « [c]orriger cette anomalie que constitu[ait] l’obligation, pour les personnes qui ont été libérées (et qui n’ont donc pas été condamnées), de présenter une demande de réhabilitation » (p. 6). En effet, en vertu du par. 730(3) *C. cr.*, une personne déclarée coupable qui est absoute est réputée ne pas avoir été condamnée. Le nouveau processus contribue donc à reconnaître la distinction entre les personnes qui sont déclarées coupables et absoutes et celles qui sont condamnées à une peine prévue par le *Code criminel*. Les modifications font en sorte qu’à l’expiration d’une période de trois ans dans le cas d’une absolution conditionnelle et d’une période d’un an dans le cas d’une absolution inconditionnelle, nul ne peut communiquer un dossier ou relevé attestant une absolution ni en révéler l’existence. Le délai a été jugé nécessaire par le comité interministériel pour satisfaire aux exigences de preuve de condamnations ou d’absolutions antérieures, d’appel et de plaider d’*autrefois convict* (art. 667 et 607 *C. cr.*). Le comité voulait aussi veiller à ce que les personnes ayant obtenu une absolution jouissent de la même protection que celle dont elles bénéficiaient avant les modifications (rapport, p. 7). Les modifications apportées à la *LCJ* n’avaient donc pas pour objectif de priver les personnes absoutes du bénéfice de cette loi.

[17] The appellant's argument that a pardon under the *CRA* cannot be considered a "pardon" within the meaning of s. 18.2 is therefore based neither on the wording of the *Charter* nor on the history of the amendments made to the *CRA* in 1992.

[18] Moreover, since the protection against the disclosure of information that the *CRA* affords a person granted a conditional discharge is effective only once three years have elapsed, there is no basis for concluding that a person who is discharged under s. 730(1) *Cr. C.* benefits from the effects of a pardon as soon as the order of discharge is made.

[19] It remains to be asked what the effects of the pardon are. In its report, the interdepartmental committee stated that the purpose of a pardon is to remove, as completely as possible, the consequences of conviction. This purpose is pursued in the *CRA* by providing that a pardon has the following effects:

5. The pardon

(a) is evidence of the fact

(i) that, in the case of a pardon for an offence referred to in paragraph 4(a), the Board, after making inquiries, was satisfied that the applicant for the pardon was of good conduct, and

(ii) that, in the case of any pardon, the conviction in respect of which the pardon is granted or issued should no longer reflect adversely on the applicant's character; and

(b) unless the pardon is subsequently revoked or ceases to have effect, requires the judicial record of the conviction to be kept separate and apart from other criminal records and removes any disqualification or obligation to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament, other than section 109, 110, 161, 259, 490.012 or 490.019 of the *Criminal Code* or subsection 147.1(1) of the *National Defence Act*, or of a regulation made under an Act of Parliament.

Although the definition of "pardon" in s. 2 *CRA* does not refer to the mechanism that applies when

[17] L'argument de l'appelante voulant que la réhabilitation ne puisse pas être considérée comme un pardon n'est donc fondé ni sur le texte de l'art. 18.2 de la *Charte* ni sur l'historique des modifications apportées à la *LCJ* en 1992.

[18] Par ailleurs, comme la protection contre la divulgation des informations qu'accorde la *LCJ* aux personnes absoutes conditionnellement ne prend effet qu'à compter de l'expiration d'un délai de trois ans, il n'y a pas lieu de conclure que les personnes absoutes en vertu du par. 730(1) *C. cr.* bénéficient des effets de la réhabilitation dès le moment de l'ordonnance d'absolution.

[19] Il reste à s'interroger sur les effets de cette réhabilitation. Dans son rapport, le comité interministériel énonçait que le but de la réhabilitation est d'éliminer le plus possible les conséquences de la déclaration de culpabilité. La *LCJ* tend à réaliser cet objectif en donnant les effets suivants à la réhabilitation :

5. La réhabilitation a les effets suivants :

a) d'une part, elle sert de preuve des faits suivants :

(i) dans le cas d'une réhabilitation octroyée pour une infraction visée à l'alinéa 4a), la Commission, après avoir mené les enquêtes, a été convaincue que le demandeur s'est bien conduit,

(ii) dans le cas de toute réhabilitation, la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur;

b) d'autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle entraîne le classement du dossier ou du relevé de la condamnation à part des autres dossiers judiciaires et fait cesser toute incapacité ou obligation — autre que celles imposées au titre des articles 109, 110, 161, 259, 490.012 ou 490.019 du *Code criminel* ou du paragraphe 147.1(1) de la *Loi sur la défense nationale* — que la condamnation pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

Bien que la définition de « réhabilitation » à l'art. 2 *LCJ* ne fasse pas état du mécanisme applicable en

a person is discharged, the effect is the same. It can be concluded from a contextual interpretation in keeping with the spirit of the *CRA* that s. 5 applies to discharged persons as well as to convicted persons.

[20] As Gonthier J. noted in *Therrien*, the use of the conditional in s. 5(a)(ii) is significant. A pardon does not have an absolute effect and does not erase the past. Neither a discharge nor a pardon allows a person to deny that he or she was found guilty of an offence (*Therrien*, at paras. 116 and 122). The facts surrounding the offence did occur, but the pardon helps obliterate the stigma attached to the finding of guilt. Consequently, when the time period provided for in the *CRA* elapses or a pardon is granted, the opprobrium that results from prejudice and is attached solely to the finding of guilt must be resisted, and the finding of guilt should no longer reflect adversely on the pardoned person's character. It must be presumed that the person has completely recovered his or her moral integrity.

[21] If the pardoned person is presumed to have recovered his or her moral integrity, can an employer consider the facts that gave rise to the finding of guilt when deciding either to refuse to hire the person or to dismiss him or her? The respondent and the appellant advocate different approaches to this question. Regarding the application of s. 18.2, the answer to the question lies in the real reason for the refusal to hire or the dismissal.

### 3.3 *Was the refusal to hire S.N. based on the mere fact of her criminal record?*

[22] The appellant makes three arguments concerning the reason for the refusal to hire. First, it argues that, under the *Police Act* and the *By-law respecting standards for hiring*, it has a legal obligation to verify the good moral character of every candidate. It submits that its review of the record of the investigation that resulted in the finding of guilt led it to conclude that S.N. was not of good moral character. The appellant also argues that a person's integrity cannot be dissociated from the duties of

cas d'absolution, l'effet est le même. En effet, une interprétation contextuelle en accord avec l'esprit de la *LCJ* permet de conclure que l'art. 5 s'applique aussi bien aux personnes absoutes qu'aux personnes condamnées.

[20] Comme l'a déjà signalé le juge Gonthier dans *Therrien*, l'utilisation du conditionnel au sous-al. 5a)(ii) est significatif. La réhabilitation n'a pas un effet absolu et elle n'efface pas le passé. Ni l'absolution ni la réhabilitation ne permettent de nier l'existence d'une déclaration de culpabilité (*Therrien*, par. 116 et 122). Les faits de l'infraction demeurent, mais la réhabilitation aide à combattre les stigmates associés à la déclaration de culpabilité. Par conséquent, après l'expiration du délai prévu par la *LCJ* ou lors de la délivrance d'une réhabilitation, l'opprobre fondé sur les préjugés et se rattachant uniquement à la déclaration doit être combattu et celle-ci ne devrait plus ternir la réputation de la personne réhabilitée. Il faut présumer que cette personne a recouvré complètement son intégrité morale.

[21] Si la personne réhabilitée est présumée avoir recouvré son intégrité morale, est-il possible pour un employeur de tenir compte des faits ayant donné lieu à la déclaration de culpabilité de cette personne lorsqu'il prend la décision soit de refuser de l'embaucher, soit de la congédier? Sur cette question, l'intimée et l'appelante préconisent des approches opposées. Pour ce qui est de l'application de l'art. 18.2, la réponse à la question se trouve au cœur du motif véritable du refus d'embauche ou du congédiement.

### 3.3 *Le refus de l'emploi est-il dû au seul fait des antécédents judiciaires de S.N.?*

[22] L'appelante fait valoir trois arguments en relation avec le critère du motif du refus d'embauche. D'abord, elle soutient que, en application de la *Loi de police* et du *Règlement sur les normes d'embauche*, elle a l'obligation légale de vérifier les bonnes mœurs de tout candidat. Elle affirme que c'est l'examen du dossier d'enquête ayant entraîné la déclaration de culpabilité qui l'a amenée à conclure que S.N. n'était pas de bonnes mœurs. L'appelante plaide aussi que l'intégrité d'une personne est

a police officer. This standard should therefore be accepted as a required qualification under s. 20 of the *Charter*. Finally, the appellant argues that it cannot be held civilly liable, since all it did was meet the statutory and regulatory requirements applicable to it. In the circumstances of this case, these three arguments overlap.

[23] The relevant provisions of the *Police Act* and the *By-law respecting standards for hiring* read as follows:

*Police Act*

3. To become a member of the Police Force, a municipal policeman or a special constable, a person must

. . .

(2) be of good moral character;

(3) not have been found guilty following an information for an offence under the Criminal Code (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter C-46) which, according to the information, was prosecuted by way of indictment;

. . .

*By-law respecting standards for hiring*

2. To become a constable or a cadet of the Police Force or of a municipal police force, a person must:

. . .

(b) be of good moral character according to the conclusions of an inquiry to be made by using the form prescribed for such purpose by the Commission particularly as regards his family, social, financial and judicial background;

(c) never have been found guilty or pleaded guilty of an offence under the Criminal Code (R.S.C., 1970, c. C-34) upon prosecution by way of indictment, or have pleaded guilty upon an information for an offence under the Criminal Code which, according to the information, should be prosecuted by way of indictment;

indissociable de la fonction de policier. Cette norme devrait donc être acceptée comme une qualité requise par l'emploi aux termes de l'art. 20 de la *Charte*. Elle soulève enfin que sa responsabilité civile ne saurait être retenue, puisqu'elle n'a fait que suivre les prescriptions législatives et réglementaires qui s'appliquaient à elle. Dans les circonstances du présent dossier, ces trois arguments se chevauchent.

[23] Voici les dispositions pertinentes de la *Loi de police* et du *Règlement sur les normes d'embauche* :

*Loi de police*

3. Une personne doit, pour devenir membre de la Sûreté, policier municipal ou constable spécial :

. . .

2° être de bonnes mœurs;

3° ne pas avoir été déclarée coupable à la suite d'une dénonciation pour une infraction du Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) qui, selon la dénonciation, a été poursuivie au moyen d'un acte d'accusation;

. . .

*Règlement sur les normes d'embauche*

2. Une personne doit, pour devenir agent ou cadet de la Sûreté ou d'un corps de police municipal :

. . .

b) être de bonnes mœurs selon les conclusions d'une enquête qui doit être faite en utilisant la formule prescrite à cette fin par la Commission, en particulier quant aux antécédents familiaux, sociaux, financiers et judiciaires du candidat;

c) n'avoir jamais été déclarée coupable ni s'être avouée coupable d'une infraction au Code criminel (S.R.C., 1970, c. C-34) sur une poursuite intentée au moyen d'un acte d'accusation, ni s'être avouée coupable à la suite d'une dénonciation pour une infraction au Code criminel qui, selon la dénonciation, devait être poursuivie au moyen d'un acte d'accusation;

[24] Being of good moral character and not having a criminal record are separate criteria and are treated as such in the *Police Act* and the *By-law respecting standards for hiring*. They are governed by separate paragraphs. If, as the appellant argues, the facts giving rise to a conviction can on their own be used to reject a candidate for not being of good moral character, this would mean that the provisions concerning a criminal record are redundant. On the other hand, to accept the respondent's argument that the facts giving rise to a conviction may not be considered in assessing whether a candidate is of good moral character would mean that a pardon would not only restore the convicted person's reputation but would also erase the past, which is not the case.

[25] There is no doubt that being of good moral character is a qualification required to become or remain a police officer. As Bastarache J. said in *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 591, 2007 SCC 14, at para. 43:

... most, if not all, criminal offences committed by a municipal police officer will be connected to his or her employment due to the importance of public confidence in the police officer's abilities to discharge his or her duties.

Not only is a police force, as an employer, entitled to rely on that factor on the basis of the *Police Act* and the *By-law respecting standards for hiring*, but it can also invoke s. 20 of the *Charter*, according to which a distinction based on an aptitude required for an employment is deemed non-discriminatory. In this context, the provisions — s. 3(2) of the *Police Act* and s. 2(b) of the *By-law respecting standards for hiring* — dealing with good moral character are merely applications of this general provision of the *Charter*, which reads as follows:

**20.** A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

[24] Les bonnes mœurs et les antécédents judiciaires constituent des critères distincts et sont traités comme tels dans la *Loi de police* et le *Règlement sur les normes d'embauche*. Ils sont régis par des paragraphes distincts. Si, comme le prétend l'appelante, les faits donnant lieu à la condamnation permettraient à eux seuls d'écarter un candidat au motif qu'il n'est pas de bonnes mœurs, cela signifierait que les dispositions concernant les antécédents judiciaires sont redondantes. Par ailleurs, accepter l'argument de l'intimée que les faits donnant lieu à la condamnation ne peuvent pas être pris en considération pour évaluer si un candidat est de bonnes mœurs signifierait que la réhabilitation aurait non seulement pour effet de rétablir la réputation de la personne déclarée coupable, mais également d'effacer le passé, ce qui n'est pas le cas.

[25] Il ne fait aucun doute qu'être de bonnes mœurs constitue une qualité requise pour devenir ou demeurer policier. Comme le dit le juge Bastarache dans *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14, par. 43 :

... la plupart, voire toutes les infractions criminelles commises par un policier municipal auront un lien avec son emploi en raison de la grande confiance que doit inspirer au sein du public la capacité du policier de s'acquitter de ses fonctions.

Non seulement un service de police, comme employeur, peut-il invoquer ce facteur en se fondant sur la *Loi de police* et le *Règlement sur les normes d'embauche*, mais il peut invoquer l'art. 20 de la *Charte* qui répute non discriminatoire une distinction fondée sur une aptitude requise par un emploi. Dans ce contexte, le par. 3(2) de la *Loi de police* et l'al. 2b) du *Règlement sur les normes d'embauche* qui traitent des bonnes mœurs ne sont que des applications de cette disposition générale de la *Charte* qui se lit comme suit :

**20.** Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'une groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

[26] An employer is therefore entitled to consider the facts that resulted in a finding of guilt in assessing whether a candidate has the qualifications required for a job. Those facts are inevitably part of the candidate's past. However, the employer must also consider the fact that the person has been pardoned.

[27] Indeed, the fact that a candidate's good moral character, and thus his or her entire file, is considered does not justify a decision that is inconsistent with the fact that the candidate has been pardoned. A conviction or, in the case of a discharge, a finding of guilt "should" no longer reflect adversely on a person's character following a pardon. The positive effect of a pardon as it reflects on a person's character may, however, be countered by adducing evidence of delinquent behaviour or of facts indicating a lack of probity, although this evidence cannot be limited solely to the finding of guilt.

[28] To justify an objection based on moral character, the employer's inquiry must uncover conduct or facts that, when considered in light of the circumstances in which the person committed the crime for which the pardon was obtained, support a conclusion that this person is unfit for the job. The employer must show that the decision was not based on the mere fact of the finding of guilt.

[29] Thus, the facts giving rise to a finding of guilt can be helpful in showing that a person is unfit for service as a police officer. In this context, the facts considered at the time the finding of guilt was made may reveal deficiencies that are relevant to the decision the employer must make. The Commission's position — which, I should add, the Court of Appeal endorsed (paras. 58-59) — that the facts giving rise to a finding of guilt may not be considered in deciding whether a candidate meets the good moral character criterion provided for in the *By-law respecting standards for hiring* must therefore be rejected.

[30] To assess the interaction between ss. 18.2 and 20 of the *Charter*, a correlation must be established

[26] Un employeur est donc en droit de prendre en considération les faits qui ont entraîné la déclaration de culpabilité lorsqu'il évalue si un candidat possède les qualités requises par l'emploi. Ces faits font inéluctablement partie du vécu du candidat. Toutefois, l'employeur doit aussi tenir compte du fait que la personne a été réhabilitée.

[27] En effet, la prise en considération des bonnes mœurs d'un candidat, et donc de l'ensemble de son dossier, n'autorise pas une approche antinomique à l'égard de la réhabilitation. La condamnation et, dans le cas d'une absolution, la déclaration de culpabilité ne « devraient » plus ternir la réputation de la personne après sa réhabilitation. Si l'effet positif de la réhabilitation sur la réputation de la personne peut être contré par la mise en preuve de comportements délinquants ou de faits révélant un manque de probité, cette preuve ne saurait se limiter à la seule déclaration de culpabilité.

[28] Pour pouvoir soutenir une objection fondée sur les bonnes mœurs, l'enquête menée par l'employeur doit révéler un comportement ou des faits qui permettent de conclure que, dans le contexte des circonstances de la commission du crime pour lequel une personne a été réhabilitée, cette personne est inapte à l'emploi. L'employeur doit démontrer que la décision n'est pas fondée sur le seul fait de la déclaration de culpabilité.

[29] Les faits donnant lieu à la déclaration de culpabilité peuvent donc aider à faire ressortir un profil démontrant l'inaptitude d'une personne à exercer la fonction de policier. Dans ce contexte, les faits considérés lors de la déclaration de culpabilité sont susceptibles de révéler des lacunes pertinentes pour la décision que l'employeur doit prendre. Il faut donc rejeter la position de la Commission — qu'avait par ailleurs retenue la Cour d'appel (par. 58-59) — selon laquelle les faits ayant entraîné la déclaration de culpabilité ne peuvent pas être pris en considération pour décider si la candidate satisfait au critère des bonnes mœurs prévu par le *Règlement sur les normes d'embauche*.

[30] Pour évaluer l'interaction entre les art. 18.2 et 20 de la *Charte*, il faut mettre en corrélation



between the protection against the stigma attached to a finding of guilt and the defence available to the employer to counter a complaint of discrimination on the basis of a qualification required for the employment.

[31] A finding of guilt reflects first and foremost on a person's character. A person who has committed an act for which he or she has been reprimanded under criminal or penal law is believed to be less honest. This stigma may therefore affect the assessment of the person's ability to meet conditions of employment. Pursuant to s. 18.2, such a stigma is unjustified if the offence was not connected with the employment or if the person has been pardoned. This protection is more limited — it applies only to findings of guilt — than the general protection against discrimination (s. 10 of the *Charter*), and to avoid its application, the employer need only establish a connection between the offence and the employment. This represents a choice of the legislature. The defence provided for in s. 20 is broader. It encompasses occupational requirements that go beyond a person's integrity or character. However, an employer that imposes a requirement that is *prima facie* discriminatory must prove that it would suffer undue hardship if the requirement were not met. Section 18.2 does not require such proof. The legislature has therefore created a special rule for the stigma attached to findings of guilt. This rule cannot be disregarded by applying the more general rule in s. 20. A special rule prevails over a general rule.

[32] Unlike my colleague Charron J., I am unable to accept the appellant's argument that the comments made in *Therrien* and in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68, namely that s. 20 cannot be applied to counter the protection regarding findings of guilt, do not reflect the law. A person who is pardoned is entitled to all the benefits flowing from the pardon. Section 18.2 does not distinguish the pardon of the *Criminal Code* from that of the *CRA*. The protection of a pardon obtains even if there is a connection with the employment. It cannot be denied solely

la protection contre les stigmates associés à une déclaration de culpabilité et le moyen de défense qui permet à l'employeur d'invoquer, à l'encontre d'une plainte de discrimination, l'existence d'une qualité requise par l'emploi.

[31] La déclaration de culpabilité affecte d'abord et avant tout la réputation d'une personne. On la croit moins probe si elle a commis un acte réprimé par le droit criminel ou le droit pénal. Ce stigmate peut donc influencer l'évaluation de la capacité de cette personne de remplir les conditions d'un emploi. Suivant l'art. 18.2, un tel stigmate est injustifié si l'infraction n'a pas de lien avec l'emploi ou si la personne a bénéficié d'un pardon. Il s'agit d'une protection plus limitée — elle ne vise que les déclarations de culpabilité — que la protection générale contre la discrimination (art. 10 de la *Charte*) et, pour écarter son application, l'employeur n'a simplement qu'à établir un lien entre l'infraction et l'emploi. Il s'agit d'un choix du législateur. La défense prévue à l'art. 20 a une portée plus large. Elle englobe des exigences professionnelles qui vont au-delà de l'intégrité de la personne ou de sa réputation. Par ailleurs, l'employeur qui impose une exigence à première vue discriminatoire doit prouver qu'il subirait une contrainte excessive si cette exigence n'était pas respectée. Une telle preuve n'est pas requise par l'art. 18.2. Le législateur a donc créé un régime particulier pour les stigmates associés aux déclarations de culpabilité. Il ne s'agit pas d'un régime qui pourrait être écarté par suite de l'application du régime plus général de l'art. 20. La règle générale est écartée au profit de la règle particulière.

[32] Contrairement à ma collègue la juge Charron, je ne puis accepter l'argument de l'appelante selon lequel les commentaires faits dans *Therrien* et dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68, concernant l'inapplicabilité de l'art. 20 pour écarter la protection contre les déclarations de culpabilité ne reflètent pas l'état du droit. Lorsqu'une personne obtient une réhabilitation, elle a droit à tous les bénéfices qui en découlent. L'article 18.2 ne distingue pas le pardon du *Code criminel* de la réhabilitation prévue par la *LCJ*. La protection découlant

because it would deprive the employer of the justification based on the connection with the employment: that is the very purpose of the exception. The only case where a pardon will be determinative for a complainant is one in which a connection with the employment can be established. Thus, to accept that s. 20 allows the employer to rely on past findings of guilt despite the pardon would involve a surprising interpretation according to which a justification that is not applicable under s. 18.2 could be raised under s. 20. I find it hard to imagine that this was the objective being pursued when s. 18.2 was enacted. In the other Canadian jurisdictions where discrimination based on prior convictions is prohibited, the protection is explicitly subject to a defence based on the aptitudes required for a job. In order to respect each legislature's choice, a court must consider such a defence in light of the provisions applicable to the case before it (*Maksteel*, at paras. 42 and 54, and reasons of Charron J., at para. 76).

[33] These principles do not affect the criterion according to which exemplary probity is an essential qualification for employment as a police officer. Indeed, this is why it is difficult to imagine a crime that would not be connected with employment as a police officer. Moreover, the purpose of the protection provided for in s. 18.2 of the *Charter* is to require an employer to presume that a candidate who has been pardoned (or whose finding of guilt is not connected with the employment) is not of bad character or dubious integrity owing to the mere fact of having been found guilty of an offence. There is no exception to this rule where police officers are concerned. As I mentioned above, this does not mean that the good moral character criterion may not be relied on by an employer against whom a complaint under s. 18.2 is made. An employer can establish that a candidate was rejected or an employee dismissed for not being of "good moral character". However, such a defence requires proof of more than just a connection with the employment and may not be raised if the decision was based solely on the fact that the person has been

de la réhabilitation s'applique même lorsqu'il y a lien avec l'emploi. Elle n'est pas écartée du seul fait qu'elle prive l'employeur de la justification fondée sur le lien avec l'emploi : c'est le but de l'exception. En fait, les seuls cas où la réhabilitation est déterminante pour un plaignant sont ceux où un lien avec l'emploi peut être établi. En ce sens, accepter que l'art. 20 permette à l'employeur d'invoquer les déclarations antérieures de culpabilité malgré la réhabilitation intègre une interprétation étonnante, qui ferait en sorte que la justification exclue par l'art. 18.2 pourrait être reprise en vertu de l'art. 20. Je peux difficilement concevoir que c'était là l'objectif poursuivi lors de l'adoption de l'art. 18.2. Dans les autres juridictions canadiennes où la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires est prohibée, la protection est explicitement assujettie à une défense fondée sur les aptitudes requises par un emploi. Pour respecter chacun des choix législatifs, la défense fondée sur les aptitudes requises pour un emploi doit donc être interprétée en fonction des dispositions applicables dans chaque cas : *Maksteel*, par. 42 et 54, et opinion de la juge Charron, par. 76.

[33] Ces principes n'affectent pas le critère voulant qu'une probité exemplaire soit essentielle pour exercer la fonction de policier. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est difficile d'imaginer un crime qui n'aurait pas de lien avec l'emploi de policier. Par ailleurs, la protection de l'art. 18.2 de la *Charte* a pour but d'obliger l'employeur à présumer qu'un candidat réhabilité (ou dont la déclaration de culpabilité n'a pas de lien avec l'emploi) n'a pas une mauvaise réputation ou une intégrité douteuse du seul fait de sa déclaration de culpabilité. Cette règle ne souffre pas d'exception pour ce qui est des policiers. Tel que mentionné déjà, ceci ne signifie pas que le critère des bonnes mœurs ne peut pas être invoqué par un employeur faisant l'objet d'une plainte fondée sur l'art. 18.2. Un employeur peut établir qu'un candidat n'a pas été retenu ou qu'un employé a été congédié parce que l'intéressé n'était pas de « bonnes mœurs ». Une telle défense requiert cependant une preuve distincte du seul lien avec l'emploi et ne peut être invoquée si la décision repose sur la seule existence d'une déclaration de culpabilité. S'il revient normalement au postulant

found guilty of an offence. While it is normally the candidate or employee who must prove the elements of a complaint of discrimination, where the employer submits that there was a reason other than the one alleged in the complaint, it is then up to the employer to prove that its decision was not based solely on the stigma attached to the finding of guilt (*Maksteel*, at paras. 48 and 53). In other words, the employer must prove that it is outside the framework of s. 18.2, which prohibits discrimination based on the mere fact of the finding of guilt, and that it is justified in relying on s. 20.

[34] In the case at bar, the SPCUM claims to have concluded that S.N. lacked integrity after a thorough review of the file. The HRT's findings of fact are clear, however. At the relevant time, the SPCUM was rejecting anyone found guilty of shoplifting, regardless of whether the person had been pardoned. In the specific case of S.N., the rejection of her application was based solely on a review of the file on which the finding of guilt was based. The SPCUM conducted no further inquiry or interviews that would have enabled it to conclude that there was sufficient evidence to counter the presumption that the pardon had restored her moral integrity. In these circumstances, the SPCUM's submission that it had rejected S.N.'s application for a reason other than the fact that she had been found guilty of shoplifting cannot be accepted. Since S.N. had been pardoned, the lack of moral integrity associated with shoplifting could not be relied on to prove that she was not of good moral character.

[35] The appellant cites the example of a person found guilty of sexual assault who is pardoned. This example is an alarmist one. It disregards the provisions applicable in sexual assault cases and cannot be used by the SPCUM to sidestep its burden of proof. I would hope that an employer that received a job application from a person who had been found guilty of sexual assault would conduct an inquiry more satisfactory than the one conducted by the SPCUM in this case. It is also worth mentioning that stricter controls are likely to be imposed in respect of sex crimes than of other crimes (see, for example, ss. 161 and 753 *Cr. C.*). In particular, special measures exist in respect of sex crimes in the

ou à l'employé concerné de prouver les éléments qui fondent sa plainte de discrimination, dans le cas où l'employeur invoque un motif autre que celui allégué dans la plainte, il incombe alors à ce dernier de prouver que la décision ne repose pas uniquement sur les stigmates liés à la déclaration de culpabilité (*Maksteel*, par. 48 et 53). En d'autres termes, l'employeur doit prouver qu'il est sorti du cadre de l'art. 18.2 qui prohibe la discrimination du seul fait de la déclaration de culpabilité et qu'il est justifié de se reposer sur l'art. 20.

[34] En l'espèce, le SPCUM prétend avoir conclu au manque d'intégrité de S.N. à la suite d'une étude approfondie du dossier. Les constatations de faits du TDP sont cependant claires. À l'époque pertinente, le SPCUM excluait toute personne déclarée coupable de vol à l'étalage, sans égard à la réhabilitation. Plus particulièrement, dans le cas de S.N., elle a été exclue à la suite du seul examen du dossier ayant fondé la déclaration de culpabilité. Le SPCUM n'a mené aucune enquête additionnelle ou entrevue qui aurait permis de conclure à une preuve suffisante pour contrer la présomption selon laquelle la réhabilitation avait restauré l'intégrité morale de S.N. Dans ces circonstances, la prétention du SPCUM qu'il a exclu S.N. pour un motif autre que la déclaration de culpabilité pour vol à l'étalage ne peut être acceptée. Comme S.N. avait été réhabilitée, le manque d'intégrité morale associé au vol à l'étalage ne pouvait être invoqué contre elle sous l'appellation « mauvaises mœurs ».

[35] L'appelante brandit l'exemple de la personne déclarée coupable d'agression sexuelle qui ferait l'objet d'une réhabilitation. Cet exemple est alarmiste. Il ne tient pas compte des dispositions applicables en matière d'agressions sexuelles et il ne saurait permettre au SPCUM d'esquiver son fardeau de preuve. J'ose espérer que si une personne ayant été déclarée coupable d'agression sexuelle présente une demande d'emploi, l'employeur qui recevra cette demande fera une enquête plus satisfaisante que celle faite par le SPCUM en l'espèce. Il est aussi utile d'indiquer que des mesures d'encadrement strictes sont susceptibles d'être imposées à l'égard des crimes d'ordre sexuel (voir par exemple

field of education: *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3. Thus, the spectre raised by the appellant cannot make up for the lack of evidence supporting the rejection of S.N.'s application.

[36] Finally, the appellant submits that it cannot be ordered to pay damages, because it complied with the *Police Act* and the *By-law respecting standards for hiring*. In addition to the other arguments that can be made against this submission, the above-quoted passages from the legislation in question show that the rejection of S.N.'s application was required by no provision in force at the time, since the offence was a summary conviction offence. The *Police Act* has since been replaced by the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1. The principles that might be relied on under the new legislation need not be analysed, however, as it does not apply here.

#### 4. Conclusion

[37] The appellant cannot apply the good moral character criterion in this case because it has alleged no facts other than the ones that resulted in the finding of guilt in respect of which S.N. was pardoned. Those facts did not have to be disregarded in reviewing S.N.'s application, but they could not serve as the sole basis for rejecting it. The SPCUM made no real inquiry that would have enabled it to justify its decision. In the circumstances, the HRT's finding that S.N.'s application was rejected owing to the mere fact that she had been found guilty of a criminal offence must be upheld.

[38] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Binnie and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

#### 1. Overview

[39] S.N. applied to become a police officer with the Service de police de la Communauté urbaine

les art. 161 et 753 C. cr.). Plus particulièrement, des mesures spéciales sont prévues à ce sujet dans le milieu de l'éducation : *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3. L'épouvantail brandi par l'appelante ne peut donc pallier l'absence de preuve soutenant le refus de la candidature de S.N.

[36] L'appelante prétend enfin qu'elle ne saurait être condamnée à des dommages-intérêts, étant donné qu'elle s'est conformée à la *Loi de police* et au *Règlement sur les normes d'embauche*. Outre les autres arguments qui peuvent être avancés à l'encontre de cette prétention, tel qu'il appert des textes cités précédemment, aucune disposition n'imposait à l'époque d'exclure la candidature de S.N., puisqu'il s'agissait d'une infraction sommaire. La *Loi de police* a été remplacée depuis par la *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1. Il n'est cependant pas nécessaire d'analyser les principes qui pourraient être invoqués en vertu de la nouvelle loi, car elle ne s'applique pas en l'espèce.

#### 4. Conclusion

[37] Si l'appelante ne peut pas soulever le critère des bonnes mœurs, en l'espèce, c'est qu'elle n'a allégué aucun autre fait que ceux ayant entraîné la déclaration de culpabilité pour laquelle S.N. a bénéficié d'une réhabilitation. Ces faits n'avaient pas à être exclus de l'examen de la candidature de S.N., mais ils ne pouvaient constituer l'unique motif pour l'exclure. Le SPCUM n'a mené aucune véritable enquête qui aurait permis de justifier la décision qu'il a prise. Dans les circonstances, la conclusion du TDP que la candidature de S.N. a été écartée du seul fait de sa déclaration de culpabilité doit être maintenue.

[38] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Version française des motifs des juges Binnie et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

#### 1. Aperçu

[39] S.N. a posé sa candidature pour un poste de policier auprès du Service de police de la

de Montréal (“SPCUM”). During the course of the selection process, the SPCUM discovered that, a few years earlier, S.N. had been found guilty of theft. After looking into the circumstances of the offence, the SPCUM rejected S.N.’s candidacy based on the fact that she was not, as required by s. 3 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13, a person of “good moral character”. The question on this appeal is whether the SPCUM violated S.N.’s rights under the *Quebec Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Charter*”).

[40] The issue arises because S.N. was sentenced to a conditional discharge under s. 730 (736 at that time) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for the offence and, following the requisite passage of time, her criminal record was sealed pursuant to s. 6.1 of the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47. S.N. maintains that the sealing of her record is the equivalent of a pardon and that, consequently, the SPCUM’s refusal to hire her because of her criminal past constituted discrimination under s. 18.2 of the *Charter*. Section 18.2 reads as follows:

**18.2.** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

[41] The SPCUM takes the position that s. 18.2 of the *Charter* does not apply for several reasons: (1) the position of police officer does not constitute “employment”; (2) the automatic sealing of S.N.’s criminal record under s. 6.1 of the *Criminal Records Act* is not a “pardon”; and (3) the rejection of her candidacy was not based on the “mere fact” that she was found guilty of a criminal offence but, rather, on the circumstances surrounding the commission of the offence. Alternatively, the SPCUM argues that s. 18.2 must be read in conjunction with s. 20 of the *Charter* which allows for the rejection of S.N.’s candidacy based on the fact that she did not have “the aptitudes or qualifications” to become a police officer. Section 20 reads as follows:

Communauté urbaine de Montréal (« SPCUM »). Au cours de la sélection, le SPCUM a découvert que, quelques années auparavant, S.N. avait été reconnue coupable de vol. Après avoir examiné les circonstances de l’infraction, le SPCUM a rejeté la candidature de S.N. au motif qu’elle n’était pas, comme l’exige l’art. 3 de la *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, de « bonnes mœurs ». La Cour doit déterminer en l’espèce si le SPCUM a porté atteinte aux droits que la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* ») garantit à S.N.

[40] La question se pose parce que S.N. a reçu pour l’infraction une absolution sous conditions en vertu de l’art. 730 (736 à l’époque) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et que, une fois la période prescrite écoulée, son dossier judiciaire a été mis sous scellés en application de l’art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47. S.N. soutient que la mise sous scellés de son dossier équivaut à un pardon et que le refus du SPCUM de l’embaucher en raison de son casier judiciaire était donc discriminatoire selon l’art. 18.2 de la *Charte*, lequel prévoit :

**18.2.** Nul ne peut congédier, refuser d’embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu’elle a été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n’a aucun lien avec l’emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

[41] Le SPCUM fait valoir que l’art. 18.2 de la *Charte* ne s’applique pas pour plusieurs raisons : (1) le poste de policier ne constitue pas un « emploi »; (2) la mise sous scellés automatique du dossier judiciaire de S.N. conformément à l’art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* ne constitue pas un « pardon » et (3) le rejet de sa candidature n’était pas fondé sur le « seul fait » qu’elle a été déclarée coupable d’une infraction criminelle, mais plutôt sur les circonstances de la commission de l’infraction. Il soutient subsidiairement qu’il faut interpréter l’art. 18.2 conjointement avec l’art. 20 de la *Charte*, qui permet le rejet de la candidature de S.N. du fait qu’elle n’avait pas les « aptitudes ou qualités requises » pour devenir policière. Voici le texte de l’art. 20 :

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

[42] I have had the benefit of reading the reasons of Deschamps J. I agree with my colleague that the position of police officer constitutes “employment” for the purposes of s. 18.2 of the *Charter*. I also agree that the sealing of the record of an absolute or conditional discharge, once the statutory time period set out in s. 6.1 of the *Criminal Records Act* has passed, is the functional equivalent of a “pardon” within the meaning of s. 18.2. However, I respectfully disagree that there was a violation of the *Charter* in this case. I take a different view on the proper analytical framework for dealing with alleged discrimination based on criminal record under the *Charter*.

[43] In my view, ss. 18.2 and 20 can and should be read harmoniously in the context of the *Charter* as a whole. The *obiter* statements in two previous decisions of this Court to the effect that s. 18.2 is a “self-contained” or “independent” provision in respect of which s. 20 finds no application should be departed from. These statements were based on the fact that s. 18.2 has its own internal justification mechanism and that resort to the “aptitudes or qualifications” requirement for the employment contained in s. 20 would duplicate this mechanism: *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 145; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68, at paras. 21-22. I agree that where the employer can successfully except his action or decision from the scope of s. 18.2 by showing that there is a connection between the offence and the employment, resort to s. 20 is unnecessary. In such cases, the s. 18.2 protection against discrimination based on criminal record simply does not apply. However, where the s. 18.2 protection *does* apply, as in this case, I see no reason why the general grounds for justification contained in s. 20 should be carved out

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

[42] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la juge Deschamps. Je conviens avec ma collègue que le poste de policier constitue un « emploi » pour l'application de l'art. 18.2 de la *Charte*. Je conviens aussi que la mise sous scellés du dossier attestant d'une absolution inconditionnelle ou sous conditions, une fois la période prescrite à l'art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* écoulée, est l'équivalent fonctionnel d'un « pardon » au sens de l'art. 18.2. Toutefois, soit dit en tout respect, je ne crois pas qu'il y ait eu violation de la *Charte* en l'espèce. J'adopte un point de vue différent quant au cadre d'analyse qu'il convient d'appliquer pour statuer, au regard de la *Charte*, sur une allégation de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires.

[43] À mon avis, les art. 18.2 et 20 peuvent et doivent être interprétés de façon harmonieuse dans le contexte de la *Charte* prise dans son ensemble. Il faut s'éloigner des remarques incidentes formulées dans deux décisions antérieures de la Cour selon lesquelles l'art. 18.2 est une disposition « à circuit fermé » et « autonome » à l'égard de laquelle l'art. 20 ne s'applique pas. Ces remarques se fondaient sur le fait que l'art. 18.2 a son propre mécanisme de justification et que le recours à l'exigence relative aux « aptitudes ou qualités requises » de l'art. 20 ferait double emploi avec ce mécanisme : *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 145; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68, par. 21-22. Il est vrai que, si l'employeur réussit à faire soustraire son action ou sa décision à l'application de l'art. 18.2 en montrant qu'il existe un lien entre l'infraction et l'emploi, le recours à l'art. 20 n'est pas nécessaire. Dans ces cas, la protection offerte par l'art. 18.2 contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires ne s'applique tout simplement pas. Toutefois, si la protection de l'art. 18.2 s'applique *effectivement*, comme en l'espèce, je ne vois aucune

of the *Charter*. Indeed, the opposite conclusion is not only inconsistent with the language, structure and intent of the *Charter*, it would result in many absurdities.

[44] For the reasons that follow, I conclude that the SPCUM was justified in refusing to hire S.N. and thus its actions did not violate the *Charter*. I would therefore allow the appeal, set aside the judgment in the court below, and dismiss the action with costs throughout.

## 2. The Facts

[45] In August 1990, S.N. was arrested for shoplifting approximately \$200 worth of clothes and accessories from a department store. She was 21 years old at the time. In May 1991, she pleaded guilty to the offence of theft and received a conditional discharge. Following the requisite passage of time, her criminal record was sealed pursuant to s. 6.1 of the *Criminal Records Act*.

[46] In 1995, S.N. applied to become a police officer with the SPCUM. S.N. did not reveal that she had been in trouble with the law because she believed, based on her reading of a letter received from the RCMP, that the sealing of her record effectively erased the incident from her past. Further, the application form did not require disclosure of pardoned offences.

[47] As part of the selection process, the SPCUM conducted an investigation to determine whether she met the criteria set out in s. 3 of the *Police Act*, and s. 2 of the *By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets*, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14. Among other qualities, both the Act and the By-law require the candidate to be a person of “good moral character”. The investigation therefore included checking for any criminal activities in the candidate’s past.

raison d’exclure de l’application de la *Charte* les motifs généraux de justification contenus dans l’art. 20. D’ailleurs, la conclusion contraire non seulement est incompatible avec le libellé, la structure et l’intention de la *Charte*, mais elle entraînerait également de nombreuses absurdités.

[44] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le SPCUM était fondé à refuser d’embaucher S.N. et que ses actions ne contrevenaient donc pas à la *Charte*. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rejeter l’action, avec dépens devant tous les tribunaux.

## 2. Les faits

[45] En août 1990, S.N. a été arrêtée pour un vol à l’étalage de vêtements et d’accessoires d’une valeur d’environ 200 \$, commis dans un grand magasin. Elle avait alors 21 ans. En mai 1991, elle a plaidé coupable pour une infraction de vol et a reçu une absolution sous conditions. Après l’écoulement de la période prescrite, son dossier judiciaire a été mis sous scellés conformément à l’art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire*.

[46] En 1995, S.N. a posé sa candidature pour un poste de policière auprès du SPCUM. Elle n’a pas indiqué qu’elle avait eu des démêlés avec la justice parce qu’elle croyait, à la lecture d’une lettre reçue de la GRC, que l’incident avait été effacé de son passé du fait de la mise sous scellés de son dossier. De plus, le formulaire de demande d’emploi n’exigeait pas la divulgation des infractions pour lesquelles une réhabilitation a été obtenue.

[47] Dans le cadre de la sélection, le SPCUM a mené une enquête pour déterminer si S.N. répondait aux critères établis à l’art. 3 de la *Loi de police* et à l’art. 2 du *Règlement sur les normes d’embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux*, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14. Tant la Loi que le Règlement exigent, entre autres, que le candidat soit une personne de « bonnes mœurs ». L’enquête comportait donc une vérification des activités criminelles de la candidate.

[48] Upon discovering that S.N. had been found guilty of theft, the SPCUM obtained a copy of the reports and statements made at the time of the arrest, as well as the court records. Based on its review of the circumstances of the offence, particularly the fact that S.N. was 21 years old at the time, the SPCUM concluded that S.N. did not meet the requisite criterion of “good moral character”. Her candidacy was therefore rejected on this basis.

[49] S.N. lodged a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that the SPCUM discriminated against her based on a criminal offence for which she had received a pardon, contrary to s. 18.2 of the *Charter*. The Commission brought a complaint against the SPCUM before the Human Rights Tribunal. The Tribunal found that the SPCUM violated s. 18.2 of the *Charter* and ordered it to pay \$5,000 in damages ([2002] R.J.Q. 824). The decision was upheld on appeal before the Quebec Court of Appeal ([2006] Q.J. No. 4125 (QL), 2006 QCCA 612). The SPCUM further appeals before this Court.

### 3. Analysis

[50] In order to determine whether the SPCUM acted improperly in rejecting S.N.’s application, it is essential to understand what the *Charter* protects, and what it does not. Before turning to this question, I will comment briefly on an issue which, although not raised by the parties, should be addressed. The law in Quebec provides that the English and French versions of statutes are equally authoritative: *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, s. 7(3). An issue therefore arises from the difference between the English and French versions of s. 18.2. For convenience, I reproduce both versions here:

**18.2.** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

[48] En découvrant que S.N. avait été reconnue coupable de vol, le SPCUM a obtenu une copie des rapports et déclarations faits au moment de l’arrestation ainsi que les dossiers judiciaires. Après avoir examiné les circonstances de l’infraction, surtout le fait que S.N. était alors âgée de 21 ans, le SPCUM a conclu que S.N. ne répondait pas au critère de « bonnes mœurs ». Sa candidature a donc été rejetée pour ce motif.

[49] S.N. a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, soutenant que le SPCUM avait, en contravention avec l’art. 18.2 de la *Charte*, fait preuve de discrimination à son endroit à cause d’une infraction criminelle pour laquelle elle avait obtenu une réhabilitation. La Commission a porté plainte contre le SPCUM devant le Tribunal des droits de la personne. Celui-ci a conclu que le SPCUM avait enfreint l’art. 18.2 de la *Charte* et l’a condamné à payer 5 000 \$ en dommages-intérêts ([2002] R.J.Q. 824). La Cour d’appel du Québec a confirmé la décision du Tribunal ([2006] R.J.Q. 1307, 2006 QCCA 612). Le SPCUM se pourvoit devant la Cour.

### 3. Analyse

[50] Pour déterminer si le SPCUM a agi irrégulièrement en rejetant la demande de S.N., il est essentiel de comprendre ce qui est protégé par la *Charte* et ce qui ne l’est pas. Avant d’examiner cet aspect, je commenterai brièvement une question qui, même si elle n’a pas été soulevée par les parties, devrait être abordée. Au Québec, les versions française et anglaise des lois ont la même valeur juridique : *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, par. 7(3). Une question se pose donc en raison d’une divergence entre la version française et la version anglaise de l’art. 18.2. Pour des raisons pratiques, je reproduis ci-dessous les deux versions :

**18.2.** Nul ne peut congédier, refuser d’embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu’elle a été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n’a aucun lien avec l’emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.



**18.2.** Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

[51] The French version of s. 18.2 refers to a person who has been "*déclarée coupable*" (found guilty) of a criminal or penal offence whereas the English text refers to a person being "convicted" (*condamnée*). All persons who are convicted are found guilty of the offence, however, the converse is not true. Persons who are found guilty are not all convicted. For example, some are granted an absolute or conditional discharge under s. 730 of the *Criminal Code*. Or, in cases where the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, applies, a stay will be entered to avoid multiple convictions for the same delict: *Hammerling v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 905. This case falls in the former category. The relevant part of s. 730 reads as follows:

**730.** (1) Where an accused, other than an organization, pleads guilty to or is found guilty of an offence, other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law or an offence punishable by imprisonment for fourteen years or for life, the court before which the accused appears may, if it considers it to be in the best interests of the accused and not contrary to the public interest, instead of convicting the accused, by order direct that the accused be discharged absolutely or on the conditions prescribed in a probation order made under subsection 731(2).

**730.** (1) Le tribunal devant lequel comparaît l'accusé, autre qu'une organisation, qui plaide coupable ou est reconnu coupable d'une infraction pour laquelle la loi ne prescrit pas de peine minimale ou qui n'est pas punissable d'un emprisonnement de quatorze ans ou de l'emprisonnement à perpétuité peut, s'il considère qu'il y va de l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, au lieu de le condamner, prescrire par ordonnance qu'il soit absous inconditionnellement ou aux conditions prévues dans l'ordonnance rendue aux termes du paragraphe 731(2).

**18.2.** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

[51] La version française de l'art. 18.2 mentionne une personne ayant été « *déclarée coupable* » (« *found guilty* ») d'une infraction pénale ou criminelle alors que dans la version anglaise il est question d'une personne ayant été « *convicted* » (« *condamnée* »). Toutes les personnes condamnées sont déclarées coupables d'une infraction, mais l'inverse n'est pas vrai. Les personnes déclarées coupables ne sont pas toutes condamnées. Par exemple, certaines obtiennent une absolution inconditionnelle ou sous conditions en vertu de l'art. 730 du *Code criminel*. Ou bien, dans les cas où le principe énoncé dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, s'applique, on ordonne un arrêt des procédures pour éviter des déclarations de culpabilité multiples pour le même délit : *Hammerling c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 905. La présente affaire entre dans la première catégorie. Voici le texte de l'extrait pertinent de l'art. 730 :

**730.** (1) Le tribunal devant lequel comparaît l'accusé, autre qu'une organisation, qui plaide coupable ou est reconnu coupable d'une infraction pour laquelle la loi ne prescrit pas de peine minimale ou qui n'est pas punissable d'un emprisonnement de quatorze ans ou de l'emprisonnement à perpétuité peut, s'il considère qu'il y va de l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, au lieu de le condamner, prescrire par ordonnance qu'il soit absous inconditionnellement ou aux conditions prévues dans l'ordonnance rendue aux termes du paragraphe 731(2).

**730.** (1) Where an accused, other than an organization, pleads guilty to or is found guilty of an offence, other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law or an offence punishable by imprisonment for fourteen years or for life, the court before which the accused appears may, if it considers it to be in the best interests of the accused and not contrary to the public interest, instead of convicting the accused, by order direct that the accused be discharged absolutely or on the conditions prescribed in a probation order made under subsection 731(2).

[52] Hence, the English text implies that s. 18.2 does not apply to pardons that result from discharges whereas the French text would have the protection apply to all forms of pardons.

[53] This Court has on a number of occasions elaborated on the appropriate method for interpreting bilingual legislative provisions: see, e.g., *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62. These cases suggest a two-step approach. The first step is to look for a shared meaning between the two provisions, which often involves adopting the more narrow version. In this case, this “shared meaning” approach would lead us to adopt the more restricted scope of the protection under the English version of s. 18.2. However, if this approach would lead to a meaning that is contrary to the legislature’s intention, other principles of interpretation should apply. The second step therefore involves comparing the shared meaning to Parliament’s intent to determine whether it is consistent with that intent.

[54] As explained by Deschamps J., the sealing of a criminal record of a person who has received a discharge under s. 6.1 of the *Criminal Records Act* is the functional equivalent of a pardon. Indeed, there is no mechanism under that Act for a person who has received a discharge to apply for a pardon — the criminal record is automatically sealed with the simple passage of time. While this automatic sealing of the criminal record is not technically defined as a pardon, it is apparent from reading the provision in context and having regard to the legislative intent in passing this provision that it is functionally equivalent to other forms of pardon. In turn, a large and liberal approach to the *Charter* would suggest that the legislature intended to extend the s. 18.2 protection to all persons who have received a pardon, including those whose criminal records have been sealed following a discharge.

[52] La version anglaise semble donc indiquer que l’art. 18.2 ne s’applique pas aux pardons résultant d’une absolution alors que, selon la version française, la protection s’appliquerait à toutes les formes de pardon.

[53] La Cour a, à un certain nombre de reprises, exposé dans le détail la manière dont il convient d’interpréter les dispositions législatives bilingues : voir, p. ex., *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62. Ces arrêts proposent une approche en deux étapes. La première étape consiste à rechercher le sens commun aux deux versions, ce qui implique souvent l’adoption de la version ayant le sens le plus restreint. En l’espèce, l’approche fondée sur le « sens commun » nous amènerait, selon la version anglaise de l’art. 18.2, à reconnaître la protection la plus restreinte. Toutefois, si par cette approche on donne à cette disposition une signification contraire à l’intention du législateur, d’autres principes d’interprétation interviennent. À la seconde étape, il faut donc comparer le sens commun avec l’intention du législateur afin de déterminer s’il est conforme à cette intention.

[54] Comme l’a expliqué la juge Deschamps, la mise sous scellés du dossier judiciaire d’une personne absoute en vertu de l’art. 6.1 de la *Loi sur le casier judiciaire* est l’équivalent fonctionnel d’un pardon. En effet, cette loi ne prévoit aucun mécanisme permettant à une personne absoute de demander une réhabilitation — le dossier judiciaire est automatiquement mis sous scellés du seul fait du passage du temps. Bien que cette mise sous scellés automatique ne soit pas techniquement définie comme un pardon, il est clair, à la lecture de la disposition dans son contexte et compte tenu de l’intention qu’avait le législateur en adoptant cette disposition, qu’elle doit être considérée comme l’équivalent fonctionnel d’un pardon. Par ailleurs, selon une interprétation large et libérale de la *Charte*, le législateur voulait étendre la protection de l’art. 18.2 à toutes les personnes ayant obtenu un pardon, y compris celles dont le dossier judiciaire est mis sous scellés à la suite d’une absolution.

[55] I therefore conclude that the French version of s. 18.2 is more consistent with the intention of the legislature and that the protection extends to all persons who have been found guilty of a criminal or penal offence in respect of which they have received some form of pardon.

[56] I now turn to a review of s. 18.2 in the context of other relevant *Charter* provisions.

[57] In reviewing the relevant provisions of the *Charter*, it is important to bear in mind the common rule of interpretation that statutory provisions are to be read in their immediate context and in the context of the Act as a whole: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 281. As I will explain, a holistic and purposive reading of the *Charter* leads me to the conclusion that ss. 18.2 and 20 of the *Charter* can and should be read in harmony.

[58] The prohibited grounds of discrimination are largely set out in s. 10 of the *Charter*:

**10.** Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

[59] It is noteworthy that the protection from discrimination based on the mere fact that a person has been found guilty of a criminal or penal offence (which I refer to throughout as “discrimination based on criminal record”) does not form part of the enumerated grounds under s. 10. Rather, the protection is provided for separately in s. 18.2. Most notably, in contrast to the s. 10 prohibited grounds of discrimination, the s. 18.2 protection does not apply universally — it is limited to the employment context. The scope of the protection is further circumscribed in two significant respects. It only applies if (1) the basis for the decision or

[55] Par conséquent, je conclus que la version française de l’art. 18.2 est davantage conforme à l’intention du législateur et que la protection s’étend à toutes les personnes déclarées coupables d’une infraction criminelle ou pénale pour laquelle elles ont obtenu une forme de pardon.

[56] Je vais maintenant examiner l’art. 18.2 au regard d’autres dispositions pertinentes de la *Charte*.

[57] Il importe, en examinant les dispositions pertinentes de la *Charte*, de se rappeler la règle d’interprétation courante selon laquelle les dispositions législatives doivent être interprétées dans leur contexte immédiat et dans le contexte de l’ensemble de la Loi : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 281. Comme je l’expliquerai plus loin, une interprétation globale et téléologique de la *Charte* m’amène à conclure que les interprétations données aux art. 18.2 et 20 de la *Charte* peuvent et doivent être compatibles.

[58] Les motifs de discrimination illicites sont en bonne partie énoncés à l’art. 10 de la *Charte* :

**10.** Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l’orientation sexuelle, l’état civil, l’âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l’utilisation d’un moyen pour pallier ce handicap.

[59] Il convient de noter que la protection contre la discrimination fondée sur le seul fait qu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction criminelle ou pénale (ci-après la « discrimination fondée sur les antécédents judiciaires ») ne vise pas les motifs énumérés à l’art. 10. En fait, la protection est accordée de façon distincte à l’art. 18.2. Plus particulièrement, contrairement aux motifs de discrimination illicites énoncés à l’art. 10, la protection de l’art. 18.2 ne s’applique pas de façon universelle, mais seulement dans le contexte de l’emploi. Celle-ci est en outre circonscrite à deux égards importants. Elle ne s’applique que (1) si la décision

action taken is “the *mere* fact” of conviction; and (2) “the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence”. I will return later to the scope of the s. 18.2 protection. For the moment, I will focus on the general structure of the *Charter*.

[60] Certain provisions of the *Charter* make explicit reference to the grounds enumerated in s. 10 and further delineate the scope of the protection on those grounds, but make no reference to s. 18.2. Quite clearly, these provisions do not apply to the s. 18.2 protection. For example, s. 10.1 states that “[n]o one may harass a person on the basis of any ground mentioned in section 10.” Another example which is more relevant to the question that occupies us is found in s. 18.1. It provides as follows:

**18.1.** No one may, in an employment application form or employment interview, require a person to give information regarding any ground mentioned in section 10 unless the information is useful for the application of section 20 or the implementation of an affirmative action program in existence at the time of the application.

The prohibition contained in s. 18.1 is specifically limited to s. 10 grounds. Therefore, as this Court held in *Therrien*, the *Charter* does not prevent an employer from asking a prospective employee whether she has had any trouble with the law, and this, even when the candidate has obtained a pardon in respect of the crime in question (paras. 136-38).

[61] In contrast, s. 20 of the *Charter* does not refer to discrimination based solely on s. 10 grounds. Again for convenience, I repeat it here:

**20.** A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

As the language makes plain, s. 20 is a general clause that deems certain distinctions, exclusions

ou l'action se fonde sur « le *seul* fait » que la personne a fait l'objet d'une déclaration de culpabilité et (2) si « cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si [la] personne en a obtenu le pardon ». Je reviendrai sur la portée de la protection de l'art. 18.2. Pour l'instant, je me concentrerai sur la structure générale de la *Charte*.

[60] Certaines dispositions de la *Charte* font explicitement référence aux motifs énumérés à l'art. 10 et délimitent davantage la portée de la protection contre la discrimination fondée sur ces motifs, mais ne renvoient aucunement à l'art. 18.2. Il est bien évident qu'elles ne concernent pas la protection offerte par l'art. 18.2. Par exemple, l'art. 10.1 prévoit : « Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10. » Un autre exemple plus pertinent pour la question qui nous occupe se trouve à l'art. 18.1 :

**18.1.** Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.

L'interdiction prévue à l'art. 18.1 est expressément limitée aux motifs énumérés à l'art. 10. Par conséquent, comme la Cour l'a conclu dans *Therrien*, la *Charte* n'empêche pas un employeur de demander à un employé éventuel s'il a eu des démêlés avec la justice, et ce, même si le candidat a obtenu une réhabilitation à l'égard du crime en question (par. 136-138).

[61] En revanche, l'art. 20 de la *Charte* ne vise pas les cas de discrimination fondée uniquement sur les motifs énoncés à l'art. 10. Encore une fois, pour des raisons pratiques, je le reproduis de nouveau :

**20.** Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Comme l'indique clairement son libellé, l'art. 20 est une disposition générale selon laquelle certaines

or preferences non-discriminatory. Given the general nature of this section, and the fact that, like s. 18.2, it also deals with the employment context, it seems to me that s. 20 should be read in harmony with s. 18.2.

[62] Thus, distinctions based on criminal record that otherwise fall within the scope of the s. 18.2 protection should be deemed non-discriminatory if they relate to aptitudes or qualifications required for an employment. In my view, this interpretation is consistent with the language and structure of the *Charter*. Put against this interpretation are *obiter* statements in two decisions of this Court that s. 20 has no application to s. 18.2: see *Therrien*, at para. 145, and *Maksteel*, at para. 21. It is my view that the reasoning in each of those cases does not support this conclusion and that it should be departed from. I will explain.

[63] The Court in *Therrien* described s. 18.2 as a self-contained provision. Gonthier J. explained that, because aptitudes or qualifications required for an employment are subsumed within the notion of connection with the employment, there is no need to turn to s. 20 of the *Charter*. He therefore concluded that s. 20 did not apply to s. 18.2, stating as follows:

The second situation is one in which no exception to the application of that provision is possible. If a pardon has been granted and the other three conditions are also met, the probable finding will be that there was discrimination against the person who received the pardon. It should be noted that s. 20, which provides that a distinction based on the aptitudes or qualifications required for an employment is deemed non-discriminatory, has no application in respect of s. 18.2. Section 18.2 is a self-contained provision and has its own rules governing exceptions. This internal justification mechanism would otherwise duplicate the mechanism in s. 20. [Emphasis added; para. 145.]

[64] Building on this reasoning, the Court in *Maksteel* characterized s. 18.2 as an “independent provision” and found that, when the link to the employment is made out, there is no need to resort to the general justification found in s. 20 nor to its inherent duty to accommodate. While there was

distinctions, exclusions ou préférences sont réputées non discriminatoires. Étant donné sa nature générale et le fait que, tout comme l’art. 18.2, il touche aussi des aspects liés à l’emploi, l’art. 20 devrait recevoir une interprétation qui s’accorde avec l’art. 18.2.

[62] Ainsi, les distinctions fondées sur les antécédents judiciaires, qui sont autrement visées par la protection de l’art. 18.2, devraient être réputées non discriminatoires si elles portent sur les aptitudes ou qualités requises par l’emploi. Cette interprétation est, à mon avis, compatible avec le libellé et la structure de la *Charte*. Les remarques incidentes dans deux décisions de la Cour selon lesquelles l’art. 20 n’a aucune application à l’égard de l’art. 18.2 vont à l’encontre de cette interprétation : voir *Therrien*, par. 145, et *Maksteel*, par. 21. J’estime que le raisonnement exposé dans ces arrêts n’étaye pas cette conclusion et qu’il faudrait s’en écarter. Je m’explique.

[63] Dans *Therrien*, la Cour a décrit l’art. 18.2 comme étant une disposition à circuit fermé. Le juge Gonthier a expliqué qu’il n’est pas nécessaire de s’appuyer sur l’art. 20 de la *Charte* étant donné que les aptitudes ou qualités requises par l’emploi sont subsumées sous la notion de lien avec l’emploi. Il a donc conclu que l’art. 20 n’était d’aucune application à l’égard de l’art. 18.2 :

La seconde situation semble d’application absolue. L’obtention d’un pardon, une fois les trois autres conditions également rencontrées, emporte vraisemblablement une conclusion de discrimination à l’endroit de son bénéficiaire. En effet, il convient de noter que l’art. 20, selon lequel une distinction fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi est réputée non discriminatoire, n’est d’aucune application à l’égard de l’art. 18.2. Disposition à circuit fermé, l’art. 18.2 contient son propre régime d’exception. Ce mécanisme interne de justification ferait double emploi avec celui contenu à l’art. 20. [Je souligne; par. 145.]

[64] Dans *Maksteel*, s’appuyant sur ce raisonnement, la Cour a qualifié l’art. 18.2 de « disposition autonome » et a conclu que, lorsque le lien avec l’emploi est établi, il n’est pas nécessaire de recourir à la justification générale contenue à l’art. 20 ou à son obligation inhérente d’accommodement.

no question of pardon in *Maksteel*, Deschamps J. added the following:

If the person has obtained a pardon for the offence committed, whether or not the offence was connected with the employment, the protection is absolute. Moreover, if there is no connection between the criminal record and the employment, the protection is also complete. [Emphasis added; para. 21.]

[65] The notion that s. 20 is subsumed under s. 18.2 holds in so far as the “connection to the employment” branch of s. 18.2 is concerned. The expression “in no way connected with the employment” is indeed very wide. It certainly encompasses the notion of “aptitudes or qualifications required for an employment”. But it is even broader than that. For example, employees who steal from their employer, commit crimes during work hours or using the employer’s property, assault clients or co-workers, all commit crimes that are connected to the employment. These crimes may or may not, however, impact the employee’s ability to do his or her job — the gardener who steals a hoe from his employer may still be an excellent gardener. The employer may nonetheless be justified in dismissing, penalizing, or refusing to hire these individuals based on ordinary employment law principles. The internal limitation contained in s. 18.2 protection signals that these rules are not displaced by the protection against *unjustified* treatment based on criminal record provided by the *Charter*. Because of this wide notion of connection to the employment that internally circumscribes the scope of the protection, whenever an employer successfully invokes this branch of s. 18.2 to exempt his decision or action from its application, there is no need to justify it under s. 20 because there is no *prima facie* discrimination. The logic is not that demonstrating a “connection to the employment” leaves nothing to be decided under s. 20, but rather the protection simply does not extend to the decision or action in question.

[66] However, the inquiry is very different when the second branch of the s. 18.2 protection

Même s’il n’était pas question de pardon dans cet arrêt, la juge Deschamps a ajouté :

Si la personne a obtenu un pardon pour l’infraction commise, qu’il y ait ou non un lien entre celle-ci et l’emploi, la protection est absolue. De plus, s’il n’y a pas de lien entre l’antécédent judiciaire et l’emploi, la protection est également complète. [Je souligne; par. 21.]

[65] La notion que l’art. 20 est subsumé sous l’art. 18.2 reste valable dans la mesure où il est question du volet « lien avec l’emploi » de l’art. 18.2. L’expression « n’a aucun lien avec l’emploi » est très large. Elle englobe certainement la notion d’« aptitudes ou qualités requises par un emploi ». Mais elle a une portée encore plus étendue. Par exemple, les employés qui volent leur employeur, qui commettent des crimes pendant les heures de travail ou en utilisant les biens de leur employeur, ou encore qui agressent des clients ou des collègues, commettent tous des crimes qui ont un lien avec l’emploi. Toutefois, ces crimes peuvent ou non avoir des répercussions sur la capacité de l’employé d’effectuer son travail — ainsi, le jardinier qui vole une binette à son employeur peut néanmoins être un excellent jardinier. L’employeur peut quand même, d’après les principes ordinaires du droit de l’emploi, être fondé à congédier, sanctionner ou refuser d’embaucher ces individus. La limite intrinsèque que comporte la protection de l’art. 18.2 indique que ces règles ne sont pas écartées du fait de la protection que la *Charte* accorde contre les traitements *injustifiés* découlant des antécédents judiciaires. En raison de la large notion de lien avec l’emploi qui circonscrit de façon intrinsèque la portée de la protection, l’employeur qui invoque avec succès ce volet de cette disposition et arrive ainsi à faire soustraire sa décision ou son action à son application n’a pas à justifier sa décision ou son action en se fondant sur l’art. 20 parce qu’il n’y a pas de discrimination à première vue. Cela ne veut pas dire que, lorsqu’un « lien avec l’emploi » est établi, l’art. 20 devient sans pertinence, mais plutôt que la protection ne s’étend tout simplement à la décision ou à l’action en question.

[66] L’examen est toutefois très différent si la protection conférée par le second volet de l’art. 18.2

is invoked. If there is a pardon, the s. 18.2 protection is triggered. Does this mean that the protection is absolute or that it admits of no exception? Such a conclusion certainly cannot be based on the notion that any inquiry under s. 20 would be redundant. Nor in my view, as I explained earlier, can it be based on the language or structure of the relevant *Charter* provisions. If the protection is indeed absolute, this conclusion would have to flow from the nature and legal effect of the pardon itself.

[67] In *Therrien*, Gonthier J. reviewed at length the various types of pardons, their meaning and effect (paras. 113-27). It is not necessary to repeat this analysis. It suffices here to repeat the conclusion of the Court:

I therefore find that while a pardon does not make the past go away, it expunges consequences for the future. The integrity of the pardoned person is restored, and he or she need not suffer the effects associated with the conviction in an arbitrary or discriminatory manner, a situation which the Canadian and Quebec charters tend to protect against. [Emphasis added; para. 127.]

Therefore, it is clear that a pardon does not erase the past. Would it nonetheless be “arbitrary or discriminatory” to consider the past events in the context of determining whether a candidate meets the aptitudes or requirements of the employment within the meaning of s. 20? Short of a free pardon under s. 748(2) and (3) of the *Criminal Code*, by virtue of which a “person shall be deemed thereafter never to have committed the offence”, it is my view that it would not. The pardon prevents unjustified or discriminatory treatment based on criminal record, but it does not create a legal fiction that forces employers to ignore the fact that the person has committed the acts in question. The application of s. 20 would merely ensure that a dismissal, refusal to hire, or other penalty is justified by the *real* aptitudes or qualifications of the individual and not based on stereotypes.

[68] Further, if a pardon were to provide an absolute protection as contended, it would result in the following absurdities. The protection under

est invoquée. L’obtention d’un pardon déclenche la protection de l’art. 18.2. Est-ce qu’il s’ensuit que la protection est absolue ou qu’elle n’admet aucune exception? Une telle conclusion ne peut certainement pas se justifier du fait que l’examen fondé sur l’art. 20 serait redondant. J’estime également, comme je l’ai déjà expliqué, qu’elle ne peut trouver appui dans le texte ou la structure des dispositions pertinentes de la *Charte*. Si la protection est effectivement absolue, il faut que ce soit en raison de la nature et de l’effet juridique du pardon lui-même.

[67] Dans *Therrien*, le juge Gonthier a examiné en détail les divers types de pardon ainsi que leur signification et leurs effets (par. 113-127). Il n’est pas nécessaire de reprendre cette analyse. Il suffit de rappeler la conclusion de la Cour :

Je conclus donc que, sans faire disparaître le passé, le pardon efface les conséquences pour l’avenir. L’intégrité de la personne réhabilitée est rétablie et elle ne doit pas subir les effets liés à sa condamnation de façon arbitraire ou discriminatoire, ce que tendent à protéger les chartes canadienne et québécoise. [Je souligne; par. 127.]

Il est donc clair qu’un pardon n’efface pas le passé. Serait-il néanmoins « arbitraire ou discriminatoire » de prendre en compte les événements passés pour déterminer si un candidat a les aptitudes ou qualités requises par l’emploi au sens de l’art. 20? En l’absence d’un pardon absolu, visé aux par. 748(2) et (3) du *Code criminel*, en vertu duquel la personne concernée « est par la suite réputée n’avoir jamais commis l’infraction » en cause, je ne le pense pas. Le pardon vise à prévenir les traitements injustifiés ou discriminatoires fondés sur les antécédents judiciaires, mais il ne crée pas une fiction juridique obligeant les employeurs à faire abstraction du fait que l’individu a commis les actes en question. Le but de l’application de l’art. 20 est simplement de faire en sorte que le congédiement, le refus d’embauche ou toute autre pénalité soit justifié par les aptitudes ou qualités *réelles* de l’individu et non basé sur des stéréotypes.

[68] De plus, si, comme il a été avancé, un pardon devait conférer une protection absolue, cela mènerait aux absurdités suivantes. La protection

s. 18.2 of the *Charter* does not extend to reprehensible conduct that has not been the subject matter of a charge. Nor does it extend to the commission of criminal acts in respect of which a criminal proceeding has not resulted in a finding of guilt. An employer who requires its employees to be of high moral character could justifiably refuse to hire persons who have engaged in questionable activities that fall well short of criminal behaviour, or criminal activities that never formed the subject matter of a charge. However, the same employer would be prohibited from refusing to hire a person who has committed a criminal act that has been proven beyond a reasonable doubt, if that person has obtained a pardon. And this, even if the acts in question had an undeniable relation to the aptitudes or qualifications for the job. Further, because the standard of proof in a criminal case is higher than in a civil proceeding, an employer could justify the refusal to hire based on proof of reprehensible acts in respect of which the candidate has been charged but *acquitted*. However, in making its decision, the same employer could not consider criminal acts in respect of which the candidate was found guilty when they are the subject of a subsequent pardon.

[69] My colleague accepts that a pardon does not erase the past and that the underlying facts can be considered by an employer, even within the four corners of s. 18.2. However, she would require that the employer show something more to support the refusal to hire. Hence, in dismissing as alarmist the SPCUM's argument that an employer may have to hire a pardoned pedophile in a day care, she states that one would hope that the employer who receives such an application would conduct a more thorough investigation than that conducted by the SPCUM here.

[70] In my respectful view, the facts underlying the pardoned offence cannot be realistically contained and used simply as a building block to support further facts that would justify the employer's decision as my colleague's analysis would have it. For one matter, it will not always be possible to obtain further information from a more thorough

accordée par l'art. 18.2 de la *Charte* ne vise pas les actes répréhensibles n'ayant pas fait l'objet d'accusations. Elle ne vise pas non plus les actes criminels à l'égard desquels les poursuites intentées au criminel n'ont pas mené à une déclaration de culpabilité. L'employeur qui exige de ses employés qu'ils soient de haute moralité pourrait à bon droit refuser d'embaucher des personnes ayant été impliquées dans des activités douteuses qui sont bien loin d'être considérées comme criminelles ou dans des activités criminelles n'ayant jamais fait l'objet d'accusations. Toutefois, le même employeur ne pourrait refuser d'embaucher une personne ayant commis un crime dont la perpétration a été démontrée hors de tout doute raisonnable, si cette personne a obtenu un pardon. Et ce, même si les actes en question ont un lien indéniable avec les aptitudes ou qualités requises par l'emploi. De plus, étant donné que la norme de preuve applicable est plus élevée en matière criminelle qu'en matière civile, l'employeur pourrait justifier son refus d'embauche en se fondant sur la preuve d'actes répréhensibles dont le candidat a été accusé, mais à l'égard desquels il a été *acquitté*. Toutefois, le même employeur ne pourrait, dans sa décision, prendre en compte des actes criminels dont le candidat a été reconnu coupable, s'ils font l'objet d'un pardon subséquent.

[69] Ma collègue convient qu'un pardon n'efface pas le passé et que l'employeur peut tenir compte des faits sous-jacents, même dans le cadre de l'art. 18.2. Elle exigerait toutefois de l'employeur qu'il étaye davantage son refus d'embauche. Ainsi, en rejetant comme alarmiste l'argument du SPCUM qu'un employeur peut se voir obligé d'embaucher dans une garderie un pédophile réhabilité, elle mentionne qu'il est à espérer que l'employeur qui reçoit une telle demande d'emploi mènerait une enquête plus poussée que celle effectuée par le SPCUM en l'espèce.

[70] À mon avis, contrairement à ce que suppose l'analyse de ma collègue, les faits qui sous-tendent l'infraction ayant fait l'objet d'un pardon ne peuvent de façon réaliste être circonscrits et simplement utilisés comme base sur laquelle s'édifie la preuve factuelle supplémentaire qui justifierait la décision de l'employeur. D'ailleurs, il ne sera pas toujours



investigation. Also, the criminal acts in question may provide *the most cogent* information about a person's inaptitude for the job. Undoubtedly, the SPCUM's stark example of a pedophile claiming a right to be hired in a day care facility was intended to capture the Court's attention. But it nonetheless underscores the potential absurdities that may result if we were to exclude s. 20's application to s. 18.2.

[71] As I have stated earlier, I agree with Deschamps J. that the sealing of S.N.'s record should be regarded as the functional equivalent of a pardon within the meaning of s. 18.2 of the *Charter*. However, we cannot ignore the reality that, unlike the free pardon or other forms of pardon, an administrative pardon that is issued for an absolute or conditional discharge is granted automatically based on the simple passage of time, one year in the case of an absolute discharge and three years for a conditional discharge. Hence, it does not offer the same safeguards about the person's actual rehabilitation as other forms of pardon may offer. Further, as the evidence demonstrates, pardons are far from uncommon (Tribunal's decision, at para. 63). All this to say, it cannot have been the legislature's intention that the protection granted under the second branch of s. 18.2 be absolute as contended. The purpose of the *Charter* is to protect against *stereotypes* and *unjustified* exclusions based on criminal records. It is not intended to erase the past and shield an individual from *all* civil consequences of their own behaviour.

[72] It is important to note that this interpretation does not negate the protection afforded by the second branch of s. 18.2. Section 20 requires that an employer rebut a *prima facie* claim of discrimination by demonstrating that the distinction relates to an aptitude or qualification required for the employment, also referred to as a *bona fide* occupational requirement, governed by the three-part test set out in *British Columbia (Public Service*

possible d'obtenir des renseignements supplémentaires en effectuant une enquête plus poussée. De plus, les actes criminels en question peuvent constituer les renseignements *les plus utiles* sur l'inaptitude du candidat à occuper l'emploi. L'exemple frappant, cité par le SPCUM, du pédophile qui prétend avoir le droit d'être embauché dans une garderie vise sans aucun doute à capter l'attention de la Cour. Il fait néanmoins ressortir les absurdités que pourrait entraîner l'exclusion de l'art. 20 lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 18.2.

[71] Comme je l'ai dit précédemment, je conviens avec la juge Deschamps que la mise sous scellés du dossier de S.N. devrait être considérée comme l'équivalent fonctionnel d'un pardon au sens de l'art. 18.2 de la *Charte*. Toutefois, on ne peut faire abstraction du fait que, contrairement au pardon absolu ou à d'autres formes de pardon, une réhabilitation administrative à la suite d'une absolution inconditionnelle ou sous conditions est accordée automatiquement du simple effet du passage du temps, à savoir un an dans le cas d'une absolution inconditionnelle et trois ans dans le cas d'une absolution sous conditions. Ainsi, cette procédure n'offre pas, quant à la réhabilitation réelle de l'individu concerné, les mêmes garanties que d'autres formes de pardon. De plus, comme le démontre la preuve, les pardons sont loin d'être rares (jugement du Tribunal, par. 63). Bref, il est impossible que le législateur ait voulu que la protection conférée par le second volet de l'art. 18.2 soit, comme il a été avancé, absolue. La *Charte* a pour objet de protéger les individus contre les *stéréotypes* et les exclusions *injustifiées* en raison d'antécédents judiciaires. Elle ne vise pas à effacer le passé et à protéger un individu de *toutes* les conséquences civiles de sa conduite.

[72] Il importe de noter que cette interprétation n'annule pas la protection offerte par le deuxième volet de l'art. 18.2. L'article 20 exige de l'employeur qu'il réfute une preuve de discrimination suffisante à première vue en démontrant que la distinction se rapporte à une aptitude ou qualité requise par l'emploi — aussi appelée exigence professionnelle justifiée — selon le critère à trois volets établi dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee*

*Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (the “*Meiorin*” test).

[73] Hence, in order to prove that a standard is a *bona fide* occupational requirement, the employer must demonstrate:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that the employer could not accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer (*Meiorin*, at para. 54; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 S.C.R. 561, 2008 SCC 43, at paras. 11-12).

[74] The fact that a person has received a pardon should factor into the *bona fide* occupational requirement analysis. As noted earlier, there are various types of pardons. A “free pardon”, under s. 748(2) and (3) of the *Criminal Code*, deems that the person never committed the offence. Thus it would be virtually impossible to find that the finding of guilt is related to a *bona fide* occupational requirement if such a pardon were granted. Other pardons are obtained after a certain amount of time passes without the person committing any subsequent offences. In the case of administrative pardons issued for absolute and conditional discharges, they are granted automatically and without investigation into the person’s actual rehabilitation. The passage of time makes it less likely that the criminal activity will be relevant to a *bona fide* occupational requirement, depending on the severity of the offence and

*Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (le critère « *Meiorin* »).

[73] Ainsi, pour faire la preuve qu’une norme est une exigence professionnelle justifiée, l’employeur doit établir :

- (1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;
- (2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer que l’employeur ne pouvait pas composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive (*Meiorin*, par. 54; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, 2008 CSC 43, par. 11-12).

[74] Dans l’analyse relative à l’exigence professionnelle justifiée, il faut tenir compte de la réhabilitation de la personne en cause. Comme je l’ai déjà signalé, il existe différents types de pardon. La personne qui obtient un « pardon absolu », visé aux par. 748(2) et (3) du *Code criminel*, est réputée n’avoir jamais commis l’infraction à l’égard de laquelle il est accordé. Il serait donc presque impossible de conclure que la déclaration de culpabilité se rapporte à une exigence professionnelle justifiée si un tel pardon était octroyé. D’autres types de pardon interviennent après qu’une certaine période s’est écoulée sans que la personne ait commis d’infractions subséquentes. Les réhabilitations administratives faisant suite à une absolution inconditionnelle ou sous conditions interviennent automatiquement, sans enquête concernant la réhabilitation réelle de l’intéressé. Avec le passage du temps, il devient

the nature of the employment. However, there are some jobs where any degree of risk of recidivism is too great to be tolerated. Likewise, if the position requires a public perception of integrity, then a criminal record may not be something that can be accommodated, regardless of how much time has passed.

[75] The *bona fide* occupational requirement exception set out by the legislature in s. 20 applies to all other grounds of discrimination under the *Charter*. There is no reason why it should not apply to the protection afforded under s. 18.2. It ensures that the *Charter* serves its purpose of preventing a criminal record from being an unnecessary and unjust barrier to employment while, at the same time, not overshooting the scope of the protection.

[76] Finally, this approach is consistent with the legislation in other Canadian jurisdictions. Every Canadian jurisdiction that provides protection from discrimination based on criminal record allows the employer to consider the criminal conviction if it is a *bona fide* occupational requirement. See, e.g., *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210; *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19; *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12; *Human Rights Act*, R.S.Y. 2002, c. 116; *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18; *Human Rights Act*, S. Nu. 2003, c. 12. This is true even where the legislation contains an “internal limitation” similar to the “connection to the employment” language of s. 18.2 of the *Charter*: see, e.g., British Columbia, Prince Edward Island, and the Yukon. It is also true of jurisdictions that provide protection from discrimination where a pardon has been obtained: Federal, Ontario, Northwest Territories, and Nunavut. I see no reason why the language or the logic of the Quebec *Charter* would lead to a different result.

moins probable que l'activité criminelle puisse avoir une incidence sur une exigence professionnelle justifiée, selon la gravité de l'infraction et la nature de l'emploi. Toutefois, dans certains emplois un risque, même minime, de récidive ne peut être toléré. De même, si dans l'esprit de la population le poste nécessite une grande intégrité, il est possible que des antécédents judiciaires ne puissent être tolérés, sans égard à la période écoulée.

[75] L'exception fondée sur l'exigence professionnelle justifiée énoncée à l'art. 20 s'applique à tous les autres cas de discrimination visés par la *Charte*. Il n'y a aucune raison qu'elle ne s'applique pas à la protection offerte par l'art. 18.2. Elle permet de garantir que la *Charte* remplit son objectif d'empêcher que l'existence d'un casier judiciaire soit un obstacle inutile et injuste en matière d'emploi, sans pour autant excéder la portée de la protection.

[76] Enfin, cette approche est compatible avec la législation d'autres ressorts canadiens. Ceux qui ont adopté des lois comportant des mécanismes de protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires permettent aux employeurs de tenir compte d'une condamnation pénale dans la mesure où il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée. Voir, par exemple, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6; le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210; le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19; la *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12; la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, ch. 116; la *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18; la *Loi sur les droits de la personne*, L. Nu. 2003, ch. 12. Il en est ainsi même lorsque la loi pertinente comporte une « limite intrinsèque » analogue à l'exigence de « lien avec l'emploi » figurant à l'art. 18.2 de la *Charte* : voir, par exemple, les lois de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Yukon. Cela est également vrai des lois des différents ressorts qui offrent une protection contre la discrimination à l'égard des personnes réhabilitées : les lois fédérales ainsi que les lois de l'Ontario, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut. Je ne vois pas pourquoi le texte et la logique de la *Charte* québécoise mèneraient à un résultat différent.

#### 4. Application of the Charter to S.N.'s Candidacy

[77] The issue in this case is whether the SPCUM violated s. 18.2 of the *Charter* when it refused to hire S.N. As stated in *Therrien*, “[w]hether this section applies will depend on whether four essential conditions are met: (1) a dismissal, a refusal to hire or any kind of penalty; (2) in the person’s employment; (3) owing to the mere fact that the person was convicted of a penal or criminal offence; (4) if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence” (para. 140).

[78] Conditions (1), (2) and (4) are clearly met. The only question is whether the SPCUM refused to hire S.N. based on the “mere fact” that she was found guilty of a criminal offence.

[79] The SPCUM argues firstly that it did not refuse to hire S.N. based on the “mere fact” that she had a criminal record but, rather, based on its review of the circumstances of the offence. I would not accede to this argument. If that position were accepted, an employer could always circumvent the application of s. 18.2 by simply stating that reliance was placed on the facts of the offence as opposed to the mere fact that the person was found guilty. In my view, the two are inseparable.

[80] The fact that the SPCUM did consider the circumstances of the offence, however, has a bearing on the more germane question whether the refusal to hire was based on an aptitude or qualification required for an employment within the meaning of s. 20. In order to answer this question, it may be useful to briefly recall the facts related to the investigation.

[81] The SPCUM discovered that S.N. had a criminal record by conducting a verification through the computerized police information system. Because S.N. had been pardoned, the system did not contain the details of the offence. The SPCUM continued

#### 4. Application de la Charte à la candidature de S.N.

[77] En l’espèce, il s’agit de déterminer si le SPCUM a contrevenu à l’art. 18.2 de la *Charte* en refusant d’embaucher S.N. Comme la Cour l’a indiqué dans *Therrien*, « [l]’application de cet article dépend de la mise en œuvre de quatre conditions essentielles : (1) un congédiement, un refus d’embauche ou une pénalité quelconque; (2) dans le cadre d’un emploi; (3) du seul fait qu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle; (4) si l’infraction n’a aucun lien avec l’emploi ou si elle en a obtenu le pardon » (par. 140).

[78] Les conditions (1), (2) et (4) sont manifestement remplies en l’espèce. Il s’agit seulement de déterminer si le SPCUM a refusé d’embaucher S.N. « du seul fait » qu’elle a été déclarée coupable d’une infraction criminelle.

[79] Le SPCUM fait d’abord valoir qu’il n’a pas refusé d’embaucher S.N. « du seul fait » de ses antécédents judiciaires, mais qu’il s’est plutôt appuyé sur l’examen des circonstances de l’infraction. Je ne peux retenir cet argument. Si cette position était acceptée, un employeur pourrait toujours contourner l’application de l’art. 18.2 simplement en affirmant qu’il a pris en compte les faits qui constituent l’infraction par opposition au seul fait que la personne a été reconnue coupable. À mon avis, ces deux éléments sont indissociables.

[80] Le fait que le SPCUM ait tenu compte des circonstances de l’infraction, toutefois, a des incidences sur la question plus pertinente de savoir si le refus d’embauche reposait sur une aptitude ou qualité requise par l’emploi au sens de l’art. 20. Pour répondre à cette question, il est utile de rappeler brièvement les circonstances de l’enquête.

[81] Le SPCUM a découvert, en effectuant une vérification dans le système informatisé d’informations policières, que S.N. avait un casier judiciaire. Comme elle avait été réhabilitée, les détails de l’infraction ne figuraient pas dans le système. Le

its investigation. It obtained the police reports and statements made at the time of the infraction, as well as the court record for S.N. The SPCUM conducted an analysis of the *modus operandi* of the crime and considered her age at the time of the infraction. Because the crime was deliberate and S.N. was an adult at the time (A.R., at p. 1345), the SPCUM determined that this incident demonstrated that S.N. was not, as required by the *Police Act* and the *By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets*, a person of “good moral character”.

[82] The SPCUM takes the position that the requirement for good moral character for a police officer is an aptitude or qualification for employment within the meaning of s. 20. I agree.

[83] This Court has recently affirmed that participation in most, if not all, criminal activities will undermine a police officer’s ability to do his or her job. In *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 591, 2007 SCC 14, Bastarache J. noted that:

A criminal conviction, whether it occurs on-duty or off-duty, brings into question the moral authority and integrity required by a police officer to discharge his or her responsibility to uphold the law and to protect the public. It undermines the confidence and trust of the public in the ability of a police officer to carry out his or her duties faithfully: *Deux-Montagnes; Ville de Lévis*. [para. 70]

[84] Police have considerable power and discretion over matters that can affect the fundamental rights of the members of the public whom they encounter. Police work requires individuals not only to exercise a significant degree of judgment and integrity, it is also a position that requires the utmost public trust.

[85] Clearly the standard of “good moral character” set out in s. 3 of the *Police Act* meets the first two steps of the *Meiorin* test, as it is rationally connected to the job and is imposed in good faith. The question is whether the employer can

SPCUM a poussé plus loin son enquête. Il a obtenu les rapports de police établis et les déclarations policières émises à l’époque de l’infraction ainsi que le dossier judiciaire concernant S.N. Le SPCUM a analysé la façon d’opérer pour commettre le crime et a tenu compte de l’âge de S.N. à l’époque de l’infraction. Comme le crime avait été commis délibérément et que S.N. était alors une adulte (d.a., p. 1345), il a jugé que S.N. n’était pas, comme l’exige la *Loi de police* et le *Règlement sur les normes d’embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux*, de « bonnes mœurs ».

[82] Selon le SPCUM, l’exigence relative aux bonnes mœurs est, dans le cas des policiers, une aptitude ou qualité requise par l’emploi au sens de l’art. 20. Je suis d’accord.

[83] La Cour a récemment confirmé que, dans la plupart des cas, voire dans tous les cas, la participation à des activités criminelles mine la capacité d’un policier de faire son travail. Dans *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14, le juge Bastarache a écrit :

Une déclaration de culpabilité pour un acte posé par un policier, qu’il ait ou non été en devoir au moment de cet acte, remet en cause l’autorité morale et l’intégrité du policier dans l’exercice de ses responsabilités en matière d’application de la loi et de protection du public. Du point de vue du public, il y a rupture du lien de confiance nécessaire à l’exercice, par le policier, de ses fonctions : *Deux-Montagnes; Ville de Lévis*. [par. 70]

[84] Les policiers ont d’importants pouvoirs et ils jouissent d’une grande latitude à l’égard de situations susceptibles de toucher les droits fondamentaux des citoyens avec lesquels ils sont en contact. Pour accomplir leur travail, ils doivent non seulement avoir un excellent jugement et être d’une grande intégrité, mais aussi avoir la confiance absolue du public.

[85] La norme des « bonnes mœurs » à l’art. 3 de la *Loi de police* remplit manifestement les deux premières exigences du critère *Meiorin*, car il existe un lien rationnel entre la norme et l’emploi et elle est imposée de bonne foi. Il s’agit donc de savoir si

accommodate persons who have a criminal record and have received a pardon for the offence without imposing undue hardship on the employer.

[86] In the case of police officers, the hardship is two-fold: the risk of recidivism and the public perception of the integrity of the police force. Because of the need of police officers to exercise their authority with integrity, the risk of recidivism may impose an undue burden on the police force. Even if the person presents a very low risk of re-offending, the fact that they have committed an offence is likely to affect the public's confidence in the integrity of the police force. There may be some exceptions, such as persons who receive free pardons, persons who committed very minor infractions as minors, or persons whose record stems from non-violent political activity, but these exceptions will be rare. The nature of the employment requires the highest standard of moral character.

[87] I therefore conclude that the SPCUM was justified in refusing to hire S.N. and thus its actions did not violate the *Charter*.

[88] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment below, and dismiss the action with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs, BINNIE and CHARRON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Charest, Séguin, Caron, Montréal.*

*Solicitor for the respondents: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the intervener École nationale de police du Québec: Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Sillery.*

l'employeur peut sans subir de contraintes excessives accepter la demande des personnes ayant des antécédents judiciaires et ayant été réhabilitées.

[86] Dans le cas des policiers, les contraintes sont de deux ordres : le risque de récidive et la perception qu'a le public de l'intégrité des services de police. Comme les policiers doivent faire preuve d'intégrité dans l'exercice de leurs pouvoirs, le risque de récidive peut constituer un fardeau indu pour les services de police. Même s'il est probable que la personne récidive, le fait qu'elle ait commis un crime est susceptible de miner la confiance du public à l'égard de l'intégrité des forces policières. Il peut y avoir des exceptions, par exemple dans le cas des personnes ayant obtenu un pardon absolu, des mineurs ayant commis des infractions mineures ou des personnes dont les antécédents judiciaires sont liés à des activités politiques non violentes, mais elles seront rares. La nature de l'emploi exige le respect de la plus haute norme de moralité.

[87] Je conclus donc que le SPCUM était fondé à refuser d'embaucher S.N. et que, par conséquent, ses actions n'étaient pas contraires à la *Charte*.

[88] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rejeter l'action, avec dépens devant tous les tribunaux.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BINNIE et CHARRON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Charest, Séguin, Caron, Montréal.*

*Procureur des intimées : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'École nationale de police du Québec : Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Sillery.*

*Solicitor for the intervener the Prisoners' Rights  
Committee: Prisoners' Rights Committee, Laval.*

*Procureur de l'intervenant l'Office des droits  
des détenu(e)s : Office des droits des détenu(e)s,  
Laval.*

**L.T.H. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

and

**Justice for Children and Youth Intervener**

**INDEXED AS: R. v. L.T.H.**

**Neutral citation: 2008 SCC 49.**

File No.: 31763.

2008: February 25; 2008: September 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Young persons — Evidence — Admissibility of statements — Waiver of rights — Whether Crown must prove not only that necessary explanation given in appropriate and understandable language, but also that young person understood — Whether must be proven by Crown beyond reasonable doubt — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 146.*

The accused young person was charged with dangerous driving causing bodily harm. Upon his arrest, the police read the young person a form advising him of his right to retain and instruct counsel, to consult a parent or an adult relative in private, and to have a lawyer and adult present while a statement was taken. The young person said he understood. The police also read him a waiver of rights form, which he signed. Following a *voir dire*, the Youth Justice Court judge ruled that the young person's videotaped statement was inadmissible. She ruled that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the statement was voluntary and that the requirements of s. 146 of the *Youth Criminal Justice Act* ("YCJA") relating to the taking of statements given by young persons to authority figures had been met. The judge was not convinced that the young person fully understood his rights and options before giving his statement. The Court of Appeal

**L.T.H. Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

et

**Justice for Children and Youth Intervenante**

**RÉPERTORIÉ : R. c. L.T.H.**

**Référence neutre : 2008 CSC 49.**

N° du greffe : 31763.

2008 : 25 février; 2008 : 11 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Adolescents — Preuve — Admissibilité des déclarations — Renonciation aux droits — Le ministère public doit-il prouver non seulement que les explications nécessaires ont été données en des termes adaptés et compréhensibles, mais aussi que l'adolescent les a comprises? — Le ministère public doit-il le prouver hors de tout doute raisonnable? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 146.*

L'adolescent inculpé était accusé de conduite dangereuse causant des lésions corporelles. Lors de son arrestation, les policiers lui ont lu un formulaire l'informant de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, de consulter son père ou sa mère ou un parent adulte en privé, et de faire sa déclaration en présence de son avocat et d'un adulte. L'adolescent a dit avoir compris. Les policiers lui ont aussi lu un formulaire de renonciation à ses droits, qu'il a signé. À l'issue d'un *voir-dire*, la juge du tribunal pour adolescents a jugé inadmissible la déclaration de l'adolescent enregistrée sur bande vidéo. Elle a statué que le ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration et l'observation des conditions établies par l'art. 146 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA ») relativement aux déclarations faites par un adolescent à une personne en autorité. La juge n'était pas convaincue que l'adolescent



set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Abella JJ.: The procedural rights set out in s. 146 represent one instance of the enhanced protection Parliament has seen fit to provide for young persons. The relevant parts of s. 146 provide that no statement by a young person to a person in authority will be admissible in evidence against that young person unless: (i) the statement was voluntary (s. 146(2)(a)); (ii) the person who took it “clearly explained to the young person, in language appropriate to his or her age and understanding” the young person’s right to silence and right to consult counsel and another appropriate adult (and the requirement that any person consulted be present during the interview) (s. 146(2)(b)); and (iii) the young person was given a reasonable opportunity to exercise those rights (s. 146(2)(c)). Finally, s. 146(4) provides that young persons, subject to certain conditions, can waive their right to consult counsel and an adult before making the statement and can also waive the right to have counsel and the adult present when the statement is made. [18]

The test for compliance with s. 146(2)(b) is objective. It does not require the Crown to prove that a young person in fact understood the rights and options explained to them. That said, compliance presupposes an individualized approach that takes into account the age and understanding of the particular young person being questioned. An individualized, objective approach must take into account the level of sophistication of the young person and other personal characteristics relevant to their understanding. Police officers, in determining the appropriate language to use in explaining a young person’s rights, must therefore make a reasonable effort to become aware of significant factors of this sort, such as learning disabilities and previous experience with the criminal justice system. [21] [30]

All of the factors listed in s. 146(2) have been determined by Parliament to be appropriate preconditions to the admissibility of a statement by a young person and all must be proved beyond a reasonable doubt. [34]

Where a trial judge is not satisfied that the young person understood his or her right to consult counsel and a parent and have those people present during the statement, or, is not satisfied that the young person

avait pleinement compris ses droits et ses choix avant de faire sa déclaration. La Cour d’appel a annulé le verdict d’acquiescement et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef* McLachlin et les juges LeBel, Fish et Abella : Les droits procéduraux prévus à l’art. 146 constituent l’une des mesures supplémentaires prises par le législateur pour protéger les adolescents. Les dispositions pertinentes de l’art. 146 prévoient que la déclaration faite par un adolescent à une personne en autorité n’est pas admissible en preuve contre l’adolescent sauf si : (i) la déclaration est volontaire (al. 146(2)a)); (ii) la personne à qui la déclaration a été faite a « expliqué clairement à l’adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension », le droit de l’adolescent de garder le silence et son droit de consulter un avocat et un autre adulte idoine (ainsi que son droit d’être interrogé en présence de toute personne consultée) (al. 146(2)b)); et (iii) l’adolescent s’est vu donner la possibilité d’exercer ces droits (al. 146(2)c)). Enfin, selon le par. 146(4), l’adolescent peut, sous réserve de certaines conditions, renoncer à son droit de consulter un avocat et un adulte avant de faire une déclaration, ainsi qu’à son droit de faire sa déclaration en présence de son avocat et de cet autre adulte. [18]

Le critère servant à déterminer si l’al. 146(2)b) a été respecté est de nature objective. Il n’exige pas que le ministère public prouve que l’adolescent a effectivement compris les droits et les choix qui lui ont été expliqués. Cela dit, le respect de cette disposition suppose une démarche personnalisée, qui tient compte de l’âge et de la compréhension de l’adolescent interrogé. Une démarche objective personnalisée doit tenir compte des connaissances de l’adolescent détenu et de ses autres caractéristiques personnelles susceptibles de fournir des indications sur son niveau de compréhension. Avant de déterminer quels mots utiliser pour expliquer ses droits à un adolescent, les policiers doivent donc faire des efforts raisonnables pour déceler l’existence de facteurs importants, comme des troubles d’apprentissage et des démêlés antérieurs avec la justice. [21] [30]

Le législateur a jugé opportun d’inclure tous les éléments énumérés au par. 146(2) comme conditions préalables à l’admissibilité d’une déclaration faite par un adolescent, et la preuve de chacun de ces éléments doit être faite hors de tout doute raisonnable. [34]

Lorsque le juge du procès n’est pas convaincu que l’adolescent a bien compris son droit de consulter un avocat et un parent et de faire une déclaration en leur présence, ou encore qu’il a bien saisi les conséquences

appreciated the consequences of waiving those rights, the statement should not be admitted. [46]

Adopting a single standard of proof for compliance with each component of s. 146 offers significant advantages over a fragmented approach. It is consistent, moreover, with the relevant principles of statutory interpretation — in particular, the presumption that legislation is internally consistent and coherent. The provisions of the *YCJA* should be read harmoniously. In accordance with the presumption of coherence, s. 146 must be interpreted in light of the *YCJA*'s declaration of principles (s. 3). Those principles emphasize fairness and proportionality consistent with young persons' higher levels of dependency and lower levels of maturity and the related need for greater procedural protections. Section 146, in its entirety, is aimed at fulfilling one of the objectives of the legislation — to offer enhanced protection to young persons and ensure they are treated fairly. In practical terms, adopting a single standard ensures that the trial judge's mind is properly directed to this task. [47]

The trial judge was therefore bound to find the statements inadmissible if she was not satisfied beyond a reasonable doubt that the young person's rights were explained to him in language appropriate to his understanding or if she had a reasonable doubt whether the young person understood his right to counsel and therefore could validly waive it. It is clear from her reasons that she was left with a reasonable doubt in both respects. [52]

The issue of whether a detained youth has received a clear explanation of his rights and options, and whether he has understood those rights to the extent necessary for an effective waiver, are essentially questions of fact. Here, the trial judge's finding is supported by the record and is entitled to deference. There is no reason to interfere with her ruling on the admissibility of the statement. [55-56]

*Per* Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The common law standard of proof, with respect to preliminary questions pertaining to the admissibility of evidence, is proof on the balance of probabilities. Imposing a reasonable doubt standard in s. 146(2)(b) and (4) would create an inconsistency between these provisions and all other common law preconditions relating to the admissibility of evidence. In the context of waiver of

de sa renonciation à ces droits, la déclaration de l'adolescent ne doit pas être admise en preuve. [46]

L'adoption d'une seule et même norme de preuve pour juger du respect de chacun des éléments de l'art. 146 présente des avantages importants par rapport à une approche fragmentée. En outre, elle est compatible avec les principes d'interprétation législative pertinents — en particulier la présomption de cohérence interne des textes de loi. Les dispositions de la *LSJPA* doivent être interprétées en harmonie les unes avec les autres. Conformément à la présomption de cohérence, l'art. 146 doit recevoir une interprétation qui s'inspire de la déclaration de principes incluse dans la *LSJPA* (art. 3). Ces principes mettent l'accent sur une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec l'état de dépendance et le degré de maturité des adolescents, et sur la nécessité de leur accorder, en conséquence, des garanties procédurales supplémentaires. Considéré globalement, l'art. 146 vise à assurer la réalisation de l'un des objectifs de la *LSJPA* — celui d'offrir des mesures de protection supplémentaires aux adolescents pour leur garantir un traitement équitable. Concrètement, l'adoption d'une norme unique permet au juge du procès de se concentrer comme il se doit sur cette tâche. [47]

La juge du procès était donc tenue de conclure à l'inadmissibilité des déclarations si elle n'était pas convaincue hors de tout doute raisonnable que les droits garantis à l'adolescent lui avaient été expliqués en des termes adaptés à sa compréhension ou si elle avait un doute raisonnable quant à la compréhension par l'adolescent de son droit de consulter un avocat et, partant, quant à la validité de sa renonciation. Il ressort clairement de ses motifs qu'il subsistait un doute raisonnable dans son esprit sur ces deux points. [52]

Les questions de savoir si l'adolescent détenu a obtenu des explications claires au sujet de ses droits et des choix qui lui étaient offerts et s'il a suffisamment compris ces droits pour y renoncer valablement constituent essentiellement des questions de fait. En l'occurrence, la conclusion de la juge du procès est étayée par le dossier et commande la déférence de la Cour. Il n'existe aucune raison de modifier sa décision sur l'admissibilité de la déclaration. [55-56]

*Les juges* Deschamps, Charron et Rothstein : La norme de common law applicable aux questions préliminaires qui conditionnent l'admissibilité de la preuve est celle de la prépondérance des probabilités. Appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable relativement à l'al. 146(2)(b) et au par. 146(4) créerait une incohérence entre ces dispositions et toutes les autres conditions préalables d'admissibilité de la preuve

a right guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including the right to counsel, the well-established standard is proof on a balance of probabilities. To hold otherwise would create a hierarchy of *Charter* rights contrary to the principle established by this Court. A reasonable doubt standard would be contrary to s. 146(1) in view of the express direction in s. 146(1) that the common law relating to the admissibility of statements applies to the informational and waiver requirements. This Court ought not read in a statutory requirement that Parliament did not include and that is inconsistent with the necessary implication of other terms Parliament did use. For these reasons, the standard of proof for compliance with the informational and waiver requirements in s. 146 is proof on a balance of probabilities. [98-100]

It would appear from the trial judge's reasons that, even if she had properly applied a balance of probabilities standard to compliance by the police with s. 146, her findings of non-compliance would not have changed. Absent some palpable and overriding error which affected her assessment of the facts, her findings should not be overturned. [101-102]

### Cases Cited

By Fish J.

**Referred to:** *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. C.G.*, 1986 CarswellOnt 1556; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R. 755; *R. v. Yensen*, [1961] O.R. 703; *Re A.*, [1975] 5 W.W.R. 425; *R. v. B.S.M.* (1995), 100 Man. R. (2d) 151; *R. v. S. (S.)* (2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481; *R. v. Singh*, [2007] 3 S.C.R. 405, 2007 SCC 48; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653.

By Rothstein J.

**Referred to:** *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko v.*

issues de la common law. Dans le cas de la renonciation à un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et notamment au droit à l'assistance d'un avocat, il est bien établi que la norme applicable est celle de la prépondérance des probabilités. Une conclusion contraire créerait une hiérarchie des droits garantis par la *Charte*, ce qui irait à l'encontre du principe établi par notre Cour. L'application de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable irait à l'encontre du par. 146(1), où il est clairement indiqué que les règles de la common law concernant l'admissibilité des déclarations s'appliquent à l'obligation d'information et aux conditions de renonciation. Notre Cour ne doit pas retenir une interprétation qui imposerait implicitement une condition que le législateur n'a pas édictée et qui serait incompatible avec les inférences qui découlent nécessairement des autres termes utilisés par le législateur. Pour ces motifs, c'est la norme de la prépondérance des probabilités qu'il faut appliquer pour déterminer si l'obligation d'information et les conditions de renonciation énoncées à l'art. 146 ont été remplies. [98-100]

Il semble ressortir des motifs de la juge du procès que, même si elle avait appliqué comme il se doit la norme de la prépondérance des probabilités à la question de savoir si la police a respecté les conditions énoncées à l'art. 146, elle serait arrivée aux mêmes conclusions. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits, ses conclusions ne doivent pas être modifiées. [101-102]

### Jurisprudence

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. C.G.*, 1986 CarswellOnt 1556; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755; *R. c. Yensen*, [1961] O.R. 703; *Re A.*, [1975] 5 W.W.R. 425; *R. c. B.S.M.* (1995), 100 Man. R. (2d) 151; *R. c. S. (S.)* (2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481; *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653.

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599;

*The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Singh*, [2007] 3 S.C.R. 405, 2007 SCC 48; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Terceira* (1998), 15 C.R. (5th) 359, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Wills* (1992), 70 C.C.C. (3d) 529; *R. v. Young* (1997), 116 C.C.C. (3d) 350; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *R. v. Hamelin* (2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10, 11(b), 14, 24(2).  
*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 146.

#### Authors Cited

Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Cromwell, Oland and Hamilton J.J.A.) (2006), 248 N.S.R. (2d) 285, 789 A.P.R. 285, 213 C.C.C. (3d) 1, [2006] N.S.J. No. 409 (QL), 2006 CarswellNS 459, 2006 NSCA 112, setting aside the accused's acquittal on charges of dangerous driving causing bodily harm. Appeal allowed.

*Shawna Y. Hoyte and Marie-France Major*, for the appellant.

*William D. Delaney and Peter P. Rosinski*, for the respondent.

*Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Terceira* (1998), 15 C.R. (5th) 359, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Wills* (1992), 70 C.C.C. (3d) 529; *R. c. Young* (1997), 116 C.C.C. (3d) 350; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *R. c. Hamelin* (2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10, 11(b), 14, 24(2).  
*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 146.

#### Doctrine citée

Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Cromwell, Oland et Hamilton) (2006), 248 N.S.R. (2d) 285, 789 A.P.R. 285, 213 C.C.C. (3d) 1, [2006] N.S.J. No. 409 (QL), 2006 CarswellNS 459, 2006 NSCA 112, qui a infirmé l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de conduite dangereuse causant des lésions corporelles. Pourvoi accueilli.

*Shawna Y. Hoyte et Marie-France Major*, pour l'appellant.

*William D. Delaney et Peter P. Rosinski*, pour l'intimée.

*Cheryl Milne and Gary Magee*, for the interveners.

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

FISH J. —

I

[1] Young persons, even more than adults, are inclined to feel vulnerable when questioned by police officers who suspect them of crime and can influence their fate. Parliament has for that reason provided them by statute with a complementary set of enhanced procedural safeguards in s. 146 of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), which governs the admissibility of statements made to persons in authority by young persons who are accused of committing offences.

[2] Section 146 gives statutory expression to common law rules and constitutional rights that apply to adults and to young persons alike. It provides, for example, that no statement by a young person to a person in authority will be admissible in evidence against that young person unless it is voluntary. And it reaffirms the right to counsel enshrined in s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] Parliament has recognized in this way that the right to counsel and the right to silence are intimately related. And that relationship is underscored in s. 146 by the additional requirements that must be satisfied in order for statements made by young persons to be admissible against them at their trials. Parliament has in this way underscored the generally accepted proposition that procedural and evidentiary safeguards available to adults do not adequately protect young persons, who are presumed on account of their age and relative unsophistication to be more vulnerable than adults to suggestion, pressure and influence in the hands of police interrogators.

*Cheryl Milne et Gary Magee*, pour l’intervenante.

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

LE JUGE FISH —

I

[1] Les adolescents sont portés — encore plus que les adultes — à se sentir vulnérables lorsqu’ils sont interrogés par des policiers qui les soupçonnent d’avoir commis un crime et qui peuvent influencer leur destin. C’est pourquoi le Parlement a incorporé en leur faveur des garanties procédurales supplémentaires à l’art. 146 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« LSJPA »), qui régit l’admissibilité des déclarations faites par des adolescents inculpés à des personnes en autorité.

[2] L’article 146 confirme, par voie législative, les règles de common law et les droits constitutionnels qui s’appliquent autant aux adultes qu’aux adolescents. Il précise, par exemple, qu’une déclaration faite à une personne en autorité par un adolescent n’est admissible en preuve contre ce dernier que si elle était volontaire. En outre, l’art. 146 réaffirme le droit de consulter un avocat, que consacre l’art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Le Parlement a ainsi reconnu que le droit de consulter un avocat est intimement lié au droit de garder le silence. Ce rapport ressort d’ailleurs des conditions supplémentaires qui, aux termes de l’art. 146, doivent être remplies pour que les déclarations faites par des adolescents soient admissibles en preuve contre eux durant leur procès. Par ces mesures, le législateur a confirmé la proposition généralement acceptée selon laquelle les garanties offertes aux adultes en matière de procédure et de preuve ne protègent pas adéquatement les adolescents qui, du fait de leur âge et de leur discernement relativement moins élevé, sont présumés être plus vulnérables que les adultes aux suggestions des policiers qui les interrogent ainsi qu’aux pressions et à l’influence que ces derniers peuvent exercer sur eux.

[4] Accordingly, s. 146 provides that statements made by young persons are inadmissible against them unless the persons who took them “clearly explained to the young person, in language appropriate to his or her age and understanding”, the specific rights conferred by s. 146. This condition of admissibility has been referred to as the “informational requirement” of s. 146 and it raises two questions that, again, are intimately related.

[5] The first is whether the Crown must prove not only that the necessary explanation was given in appropriate and understandable language, but also that it was *in fact understood* by the young person who made the statement. The second is whether compliance with the informational requirement must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt, or only on a balance of probabilities.

[6] Because of their interdependence, and for other reasons to be later explained, I would answer both questions together. In my view, the Crown’s evidentiary burden will be discharged by clear and convincing evidence that the person to whom the statement was made took reasonable steps to ensure that the young person who made it understood his or her rights under s. 146 YCJA. A mere probability of compliance is incompatible with the object and scheme of s. 146, read as a whole. Compliance must be established beyond a reasonable doubt.

[7] Finally, s. 146 provides that young persons, subject to certain conditions, can waive their right under that section to consult with counsel and an adult relative before making a statement and their right to have counsel and the relative present when the statement is made. As we shall see, an unbroken line of authority, beginning with *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, establishes that a waiver must be established by “clear and unequivocal [evidence] that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so

[4] Par conséquent, l’art. 146 précise que les déclarations faites par un adolescent ne sont pas admissibles en preuve contre lui, à moins que la personne qui les a reçues ne lui ait « expliqué clairement [. . .], en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension » les droits que cette disposition lui confère. Cette condition d’admissibilité, qu’on appelle l’« obligation d’information » de l’art. 146, soulève deux questions qui sont, elles aussi, intimement liées.

[5] Premièrement, le ministère public doit-il prouver non seulement que ces explications nécessaires ont été données en des termes adaptés et compréhensibles, mais aussi que l’adolescent qui a fait la déclaration les a *effectivement comprises*? Deuxièmement, le ministère public doit-il établir que l’obligation d’information a été respectée selon la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable, ou seulement selon la prépondérance des probabilités?

[6] Parce que ces deux questions sont intimement liées, et pour d’autres raisons que j’expliquerai plus loin, je répondrai à ces questions simultanément. À mon avis, le ministère public s’acquitte du fardeau qui lui incombe s’il présente une preuve claire et convaincante que la personne qui a recueilli la déclaration de l’adolescent a pris des mesures raisonnables pour s’assurer qu’il comprenne les droits que lui garantit l’art. 146 LSJPA. La simple probabilité que les conditions aient été observées est incompatible avec l’objet et l’économie de l’art. 146, considéré globalement. L’observation des conditions doit être établie hors de tout doute raisonnable.

[7] Enfin, suivant l’art. 146, l’adolescent peut, sous réserve de certaines conditions, renoncer au droit que lui confère cette disposition de consulter un avocat et un parent adulte avant de faire une déclaration, ainsi qu’à son droit de faire sa déclaration en présence de son avocat et de ce parent. Nous verrons que, selon un courant jurisprudentiel constant qui remonte à l’arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, la renonciation n’est valide que s’il est « bien clair que la personne renonce au moyen de procédure

with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process” (p. 49 (emphasis deleted)). Manifestly, where Parliament has specifically sought to endow young persons with enhanced procedural protections, this high standard has not been satisfied if the court is left with a reasonable doubt whether the requirements set out in *Korponay* and subsequently reaffirmed, have been met.

[8] I hasten to add, however, that this exacting standard should not be taken to impose on the Crown a burden that it cannot properly be expected to discharge. Where compliance with the informational component is established beyond a reasonable doubt, the trial judge will be entitled — and, indeed, expected — to infer, in the absence of evidence to the contrary, that the young person in fact understood his or her rights under s. 146.

[9] In this case, the trial judge was not satisfied that the Crown discharged its burden under s. 146 *YCJA*. She therefore found the appellant’s statement inadmissible and ultimately entered an acquittal. The Court of Appeal disagreed. For the foregoing reasons, and the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the appellant’s acquittal at trial.

## II

[10] The appellant, L.T.H., was arrested after a police chase in the early morning hours of August 8, 2004. He was taken into custody and asked, several times, whether he wished to contact counsel. He declined.

[11] L.T.H. was taken to the Cole Harbour RCMP detachment at approximately 5:00 a.m. Several hours later, he was taken to the Dartmouth police station where he slept for a few hours. Approximately 12 hours after the arrest, L.T.H. was brought to the Halifax police station and interviewed by Constable Jeffrey Carlisle.

conçu pour sa protection et qu’elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure » (p. 49 (soulignement omis)). De toute évidence, dans un cas où le Parlement a clairement voulu doter les adolescents de garanties procédurales accrues, il n’a pas été satisfait à cette norme élevée s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge quant au respect des exigences énoncées dans l’arrêt *Korponay*, puis réaffirmées dans des arrêts subséquents.

[8] Toutefois, je m’empresse d’ajouter que cette norme plus exigeante n’a pas pour effet d’imposer au ministère public un fardeau dont elle ne pourrait réalistement s’acquitter. Dans les cas où le respect de l’obligation d’information est établi hors de tout doute raisonnable, le juge du procès est autorisé à conclure — et d’ailleurs censé conclure — en l’absence de preuve à l’effet contraire, que l’adolescent a effectivement compris les droits qui lui sont garantis par l’art. 146.

[9] En l’espèce, la juge du procès n’était pas convaincue que la poursuite s’était acquittée du fardeau que lui impose l’art. 146 *LSJPA*. Elle a donc conclu à l’inadmissibilité de la déclaration de l’appelant et finalement inscrit un acquittement. La Cour d’appel a exprimé l’avis contraire. Pour les motifs qui précèdent, et pour ceux qui suivent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittement de l’appelant prononcé au procès.

## II

[10] L’appelant, L.T.H., a été arrêté au terme d’une poursuite policière très tôt le 8 août 2004. Il a été placé en détention et, à plusieurs reprises, on lui a demandé s’il voulait retenir les services d’un avocat. Il a refusé.

[11] Vers 5 h, L.T.H. a été amené au détachement de la Gendarmerie royale du Canada de Cole Harbour. Plusieurs heures plus tard, il a été amené au poste de police de Dartmouth, où il a dormi pendant quelques heures. Environ 12 heures après son arrestation, L.T.H. a été amené au poste de police de Halifax et interrogé par l’agent Jeffrey Carlisle.

[12] In the interview room, Constable Carlisle reviewed a young offender statement form with L.T.H. Asked by the officer whether he understood his rights, L.T.H. said “yes”. He said he did not wish to call a lawyer or to talk to a lawyer in private. Likewise, he answered “no” when asked if he wanted to consult in private with a parent or another appropriate adult, or to have them present while giving a statement or while being questioned.

[13] The appellant interrupted the reading of the form at one point and stated that he was not going to answer all of the questions asked of him. The officer told him that the questions did not relate to the incident and were only “do you understand?” questions. Constable Carlisle then finished reading the form. After the appellant initialled and signed the waiver of rights, the officer proceeded to interview him. L.T.H. provided an inculpatory statement that subsequently formed the basis of the Crown’s case against him. The interview with L.T.H. was videotaped by the police and, at the invitation of counsel for the parties, we have viewed and listened to that videotape.

[14] The appellant’s mother testified on the *voir dire*. She stated that her son had a learning disorder, and that she had told this to a police officer at the Dartmouth police station, before the appellant was taken by the police to Halifax and questioned there. She also testified that on other occasions, when she had been with her son during police questioning, he would rely on her to explain the questions. The appellant did not testify.

[15] Following the *voir dire*, the trial judge ruled that the videotaped statement of L.T.H. was inadmissible ((2005), 236 N.S.R. (2d) 180, 2005 NSPC 36). She was satisfied that the statement was voluntary, but not convinced beyond a reasonable doubt that the statutory requirements of ss. 146(2)(b) and 146(4) had been met. In particular, she was not convinced that L.T.H. understood his rights and the consequences of waiving them. The Crown

[12] Dans la salle d’interrogatoire, l’agent Carlisle a passé en revue avec L.T.H. un formulaire de déclaration à l’intention des jeunes contrevenants. Lorsque l’agent lui a demandé s’il comprenait ses droits, L.T.H. a répondu par l’affirmative. Il a déclaré ne pas vouloir téléphoner à un avocat ni parler à un avocat en privé. Il a également dit « non » lorsque l’agent lui a demandé s’il voulait consulter en privé un parent ou un autre adulte idoine ou encore faire sa déclaration ou être interrogé en leur présence.

[13] À un certain moment, l’appelant a interrompu la lecture du formulaire et déclaré qu’il ne répondrait pas à toutes les questions. L’agent lui a dit que les questions ne se rapportaient pas à l’incident et qu’il ne s’agissait que de questions du type « comprenez-vous? ». L’agent Carlisle a alors achevé la lecture du formulaire. L’appelant a paraphé et signé la renonciation, après quoi l’agent a commencé à l’interroger. L.T.H. a fait une déclaration inculpatoire qui a ensuite servi de fondement principal à la poursuite intentée contre lui par le ministère public. L’interrogatoire de L.T.H. a été enregistré sur bande vidéo par les policiers et, à l’invitation des avocats des parties, nous avons regardé et écouté cet enregistrement.

[14] La mère de l’appelant a témoigné au *voir-dire*. Elle a affirmé que son fils avait un trouble d’apprentissage et qu’elle en avait informé un agent au poste de police de Dartmouth avant le transfert de l’appelant au poste de police de Halifax, où il a été interrogé. Elle a aussi déclaré que, lorsque son fils avait été interrogé par la police en sa présence à d’autres occasions, il comptait sur elle pour lui expliquer les questions. L’appelant n’a pas témoigné.

[15] À l’issue du *voir-dire*, la juge du procès a conclu à l’inadmissibilité de la déclaration de L.T.H. enregistrée sur bande vidéo ((2005), 236 N.S.R. (2d) 180, 2005 NSPC 36). Bien que persuadée du caractère volontaire de la déclaration, la juge n’était pas convaincue hors de tout doute raisonnable que les exigences énoncées à l’al. 146(2)b) et au par. 146(4) avaient été respectées. Plus particulièrement, elle n’était pas convaincue que



called no further evidence and the charge was dismissed.

[16] The Nova Scotia Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial ((2006), 248 N.S.R. (2d) 285, 2006 NSCA 112). It found that, while the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the young person was provided with a clear and appropriate explanation of his or her rights and options as set out in s. 146(2)(b), the Crown does not need to prove that the young person in fact understood those rights. The Court of Appeal acknowledged that subjective understanding is a precondition for valid waiver pursuant to s. 146(4). It found, however, that the Crown must prove waiver on a balance of probabilities rather than beyond a reasonable doubt.

### III

[17] Section 3 *YCJA* contains a declaration of principles. In relevant part, it provides:

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

. . .

(iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

[18] The procedural rights set out in s. 146 represent one instance of the enhanced protection Parliament has seen fit to provide for young persons. The relevant parts of s. 146 provide that no statement by a young person to a person in authority will be admissible in evidence against that young person unless: (1) the statement was voluntary (s. 146(2)(a)); (2) the person who took it "clearly explained to the young person, in language

L.T.H. avait bien compris ses droits et les conséquences d'y renoncer. Le ministère public n'a pas présenté d'autres éléments de preuve, et l'accusation a été rejetée.

[16] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès ((2006), 248 N.S.R. (2d) 285, 2006 NSCA 112). La cour a jugé que, bien que le ministère public doive effectivement prouver hors de tout doute raisonnable qu'on a clairement expliqué à l'adolescent, en des termes adaptés à sa situation, ses droits et les choix qui s'offrent à lui aux termes de l'al. 146(2)(b), le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'adolescent les a effectivement compris. La Cour d'appel a reconnu que la compréhension subjective est une condition préalable à une renonciation valide aux termes du par. 146(4). Cependant, elle a conclu que le ministère public doit établir la validité de la renonciation selon la prépondérance des probabilités et non pas hors de tout doute raisonnable.

### III

[17] L'article 3 *LSJPA* contient une déclaration de principes qui prévoit notamment ce qui suit :

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

. . .

(iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

[18] Les droits procéduraux prévus à l'art. 146 constituent l'une des mesures supplémentaires prises par le législateur pour protéger les adolescents. Les passages pertinents de l'art. 146 disposent que la déclaration faite à une personne en autorité par un adolescent n'est pas admissible en preuve contre ce dernier, sauf si : (1) la déclaration est volontaire (al. 146(2)(a)); (2) la personne à qui la déclaration a été faite a « expliqué clairement

appropriate to his or her age and understanding” the young person’s right to silence and right to consult counsel and another appropriate adult (and the requirement that any person consulted be present during the interview) (s. 146(2)(b)); and (3) the young person was given a reasonable opportunity to exercise those rights (s. 146(2)(c)). Finally, s. 146(4) provides that young persons, subject to certain conditions, can waive their right to consult counsel and an adult before making the statement and can also waive the right to have counsel and the adult present when the statement is made. The full text of the section is attached as an Appendix.

## IV

[19] The trial judge appears to have concluded that compliance with s. 146(2)(b) — the informational component — requires the judge to be satisfied that the young person *in fact understood* the rights and options explained to him pursuant to that section. The Court of Appeal held, on the contrary, that the Crown need only prove that the person in authority *clearly explained* the young person’s rights in appropriate language.

[20] Both parties have characterized the trial judge’s approach as a “subjective” test for determining the adequacy of the required caution. The test adopted by the Court of Appeal, they agree, is “objective” instead.

[21] In my view, the test for compliance with the informational component is objective. It does not require the Crown to prove that a young person in fact understood the rights and options explained to that young person pursuant to s. 146(2)(b). That said, compliance presupposes an individualized approach that takes into account the age and understanding of the particular youth being questioned (N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), at p. 220).

[22] A purposive interpretation of s. 146(2)(b) makes clear that it requires persons in authority to

à l’adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension », le droit de l’adolescent de garder le silence et son droit de consulter un avocat et un autre adulte idoine (ainsi que son droit d’être interrogé en présence de toute personne consultée) (al. 146(2)(b)); et (3) l’adolescent s’est vu donner la possibilité d’exercer ces droits (al. 146(2)(c)). Enfin, selon le par. 146(4), l’adolescent peut, sous réserve de certaines conditions, renoncer à son droit de consulter un avocat et un adulte avant de faire une déclaration, ainsi qu’à son droit de faire sa déclaration en présence de son avocat et de cet autre adulte. Le texte intégral de cette disposition figure en annexe.

## IV

[19] La juge du procès semble avoir conclu que, pour être en mesure de statuer que la condition prévue à l’al. 146(2)(b), c’est-à-dire l’obligation d’information, a été remplie, le juge doit être convaincu que l’adolescent *a effectivement compris* les droits et les choix qui lui ont été expliqués conformément à cette disposition. La Cour d’appel a statué, au contraire, qu’il suffit que le ministère public prouve que la personne en autorité *a clairement expliqué* ses droits à l’adolescent, en des termes adaptés à sa situation.

[20] Les deux parties ont qualifié de critère « subjectif » la démarche adoptée par la juge du procès pour statuer sur le caractère adéquat de la mise en garde. Elles conviennent que la Cour d’appel a appliqué plutôt un critère « objectif ».

[21] À mon avis, le critère servant à déterminer si l’obligation d’information a été remplie est de nature objective. Il n’exige pas que le ministère public prouve que l’adolescent a effectivement compris les droits et les choix qui lui ont été expliqués conformément à l’al. 146(2)(b). Cela dit, le respect de cette obligation suppose une démarche personnalisée, qui tient compte de l’âge et de la compréhension de l’adolescent interrogé (N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), p. 220).

[22] Il ressort clairement d’une interprétation téléologique de l’al. 146(2)(b) que la personne en

make reasonable efforts to ensure that the young detainee to be questioned is capable of understanding the explanation of the rights being given. This follows from the clear wording of the section: The explanation must be provided *in language appropriate to the particular young person's age and understanding*. Without some knowledge of the young person's level of understanding, the officer will be unable to demonstrate that the explanation was tailored to the capabilities of the young person concerned.

[23] The kind of reasonable efforts that must be made by police officers were ably summarized in *R. v. C.G.*, 1986 CarswellOnt 1556 (Prov. Ct. (Fam. Div.)):

... persons in authority taking statements must learn something about the educational level of the child, the language and vocabulary skills of the child, his faculties of understanding, his emotional state at the time. These inquiries *do not* call for the intervention of a psychologist, or a telephone call to the school teacher, or even to a parent. But they do require enough conversation with the young person, to permit the officer to determine how many phrases must be explained and to what extent he must use ordinary or street language or even slang to be sure the child understands what is being said.

Section 56 [of the *Young Offenders Act*, the predecessor to s. 146 *YCJA*] will require evidence on a *voir dire* from the person(s) in authority that he had a reasonable basis for forming an opinion as to the "age and understanding" of a young person. [Emphasis in original; paras. 29 and 34.]

[24] This Court has consistently held that the rationale for s. 146, and its predecessor, lies in Parliament's recognition that young persons generally do not understand their legal rights as well as adults, are less likely to assert those rights in the face of a confrontation with a person in authority and are more susceptible to the pressures of interrogation (*R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 522; and *R. v. J. (J.T.)*, [1990] 2 S.C.R.

autorité doit déployer des efforts raisonnables pour s'assurer que l'adolescent détenu qui sera interrogé est en mesure de comprendre l'explication qui lui est donnée à l'égard de ses droits. Cette conclusion découle du texte clair de cette disposition : l'explication doit être donnée à l'adolescent *en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension*. Sans une certaine connaissance du niveau de compréhension de l'adolescent, l'agent ne pourra pas démontrer que l'explication était adaptée aux capacités de l'adolescent en cause.

[23] Le genre d'efforts raisonnables que doivent faire les policiers a été habilement résumé dans *R. c. C.G.*, 1986 CarswellOnt 1556 (C. prov. (Div. fam.)) :

[TRADUCTION] ... les personnes en autorité qui recueillent les déclarations doivent se renseigner sur le niveau de scolarité de l'adolescent, ses capacités langagières et l'étendue de son vocabulaire, son niveau de compréhension et son état émotif au moment pertinent. Pour obtenir ces renseignements, il *n'est pas nécessaire* de faire intervenir un psychologue, de téléphoner à l'enseignant ni même de parler au père ou à la mère. Toutefois, l'agent doit s'entretenir avec l'adolescent assez longtemps pour pouvoir déterminer combien d'expressions il doit lui expliquer et s'il doit utiliser la langue courante, la langue familière ou même un jargon quelconque pour que l'adolescent puisse suivre la conversation.

L'article 56 [de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui a été remplacé par l'art. 146 *LSJPA*] exige que la personne en autorité établisse pendant un *voir-dire* le fondement raisonnable sur lequel reposait son opinion quant à l'« âge et au niveau de compréhension » de l'adolescent. [En italique dans l'original; par. 29 et 34.]

[24] Notre Cour a statué, de façon constante, que le législateur a édicté l'art. 146, et la disposition qu'il a remplacée, parce qu'il reconnaissait que, en règle générale, les adolescents comprennent moins bien leurs garanties juridiques que les adultes, sont moins susceptibles de les faire valoir lorsqu'ils sont en présence d'une personne en autorité et sont plus faciles à influencer pendant un interrogatoire (*R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, p. 522, et

755). Given the purpose of the provision, it would be inconsistent to find that the statutory requirements of s. 146 will be complied with whenever a clearly worded form is read to a young person.

[25] Even before the enactment of the *YCJA* and its predecessor, trial courts recognized that statements made by young persons should be treated differently than statements made by adults. In *R. v. Yensen*, [1961] O.R. 703 (H.C.), for example, McRuer C.J.H.C. held that the interrogating officer must “demonstrate to the Court that the child did understand the caution as a result of careful explanation and pointing out to the child the consequences that may flow from making the statement” (p. 711). See also: *Re A.*, [1975] 5 W.W.R. 425 (Alta. S.C.).

[26] I take care not to be understood to require police officers, as the trial judge apparently did in this case, to ask young persons in every case to “recite back” or “explain back” their rights. In some instances, this may well demonstrate that the explanation was both appropriate and sufficient. And it may tend to show that the rights waived were in fact understood — which is of course essential to the validity of the waiver. But “reciting back” or “explaining back” is not transformed by its evident utility into a legal requirement under s. 146.

[27] The reading of a standardized form will not normally suffice *in itself* to establish the sufficiency of the caution required by s. 146(2)(b). Persons in authority must, in addition, acquire some insight into the level of comprehension of the young person concerned, since the mandatory explanation must be appropriate to the age and understanding of *that young person*. In the words of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. B.S.M.* (1995), 100 Man. R. (2d) 151:

The simple reading of an appropriate waiver form to an accused young person will not generally constitute a clear explanation of his rights or of the consequences

*R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 R.C.S. 755). Vu l’objet de l’art. 146, il serait illogique de conclure que, pour satisfaire aux conditions qu’il fixe, il suffit de lire à l’adolescent un formulaire libellé clairement.

[25] Même avant l’adoption de la *LSJPA* et de la loi qui l’a précédée, les tribunaux de première instance reconnaissaient que les déclarations faites par des adolescents devaient être traitées différemment de celles faites par des adultes. Dans l’arrêt *R. c. Yensen*, [1961] O.R. 703 (H.C.), par exemple, le juge en chef McRuer a statué que le policier qui procède à l’interrogatoire doit [TRADUCTION] « prouver au tribunal que le jeune a bien compris la mise en garde grâce à l’explication minutieuse qui lui a été donnée et à l’exposé des conséquences pouvant découler de sa décision de faire une déclaration » (p. 711). Voir aussi : *Re A.*, [1975] 5 W.W.R. 425 (C.S. Alb.).

[26] Je tiens à préciser que je n’exige pas des policiers, comme semble l’avoir fait la juge du procès en l’espèce, qu’ils demandent toujours à l’adolescent de leur « répéter » ou « réexpliquer » ses droits. Dans certains cas, cette façon de faire pourrait bien démontrer que l’explication était à la fois bien adaptée et suffisante. Elle pourrait de plus, tendre à établir que l’adolescent a bien compris les droits auxquels il a renoncé — ce qui constitue évidemment une condition essentielle à la validité de la renonciation. Par contre, si utile soit-il, le fait de demander à l’adolescent de « répéter » ou « réexpliquer » ses droits ne constitue pas pour autant une obligation légale en application de l’art. 146.

[27] La lecture d’un formulaire type ne suffira habituellement pas *en soi* pour démontrer que l’adolescent a reçu une mise en garde adéquate conformément à l’al. 146(2b). Les personnes en autorité doivent en outre se faire une idée du niveau de compréhension de l’adolescent, puisque l’explication obligatoire doit être adaptée à l’âge et à la compréhension *de cet adolescent en particulier*. Pour reprendre les propos tenus par la Cour d’appel du Manitoba, dans *R. c. B.S.M.* (1995), 100 Man. R. (2d) 151 :

[TRADUCTION] Le simple fait de lire à un adolescent inculpé un formulaire de renonciation approprié ne sera généralement pas considéré comme une explication

of signing a waiver. What will constitute a clear explanation will depend on the facts of a particular case. I would suggest that the mere reading of a waiver form accompanied by the repeated question “do you understand?” would normally fall short of satisfying the statutory requirements. Parliament has expressly stated that young people require more than the offering of information. They require not just explanations, but clear explanations that they are able to understand. [para. 9]

[28] Properly crafted and scrupulously applied, standardized forms nonetheless provide a useful framework for the appropriate interrogation of young detainees. This point was well made by the Ontario Court of Appeal in *R. v. S. (S.)* (2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481, at para. 37:

It is apparent that a uniform form that correctly addresses all of the procedural protections would facilitate uniform compliance with s. 146(2) and, more importantly, would ensure that a young person had his or her rights, and the obligations of the police, clearly explained.

In short, adherence to standardized forms can *facilitate*, but will not always *constitute*, compliance with s. 146(2)(b). Compliance is a matter of substance, not form. The trial court must be satisfied, upon considering all of the evidence, that the young person’s rights were in fact explained clearly and comprehensibly by the person in authority. As Sopinka J. explained in *I. (L.R.)*:

... the purpose of the requirement that the explanation prescribed by s. 56 precede the making of the statement is to ensure that the young person does not relinquish the right to silence except in the exercise of free will in the context of a full understanding and appreciation of his or her rights. [Emphasis added; p. 528.]

[29] The requirement of understanding and appreciation applies to all young persons, including those who are no strangers to the criminal justice system. Section 146(2)(b) incorporates principles of fairness that must “be applied uniformly to all without regard to the characteristics of the particular young person” (*J. (J.T.)*, at p. 768).

claire de ses droits ou des conséquences de la signature de la renonciation. Ce qui constitue une explication claire sera fonction des faits propres à chaque situation. J’estime que la simple lecture du formulaire de renonciation, ponctuée de la question « comprenez-vous? », ne satisfera généralement pas aux conditions prévues par la loi. Le législateur a expressément indiqué qu’il ne faut pas se contenter d’offrir de l’information aux adolescents. Ils n’ont pas besoin seulement d’explications; ils ont besoin d’explications claires qu’ils sont en mesure de comprendre. [par. 9]

[28] Bien conçus et utilisés avec rigueur, des formulaires types constituent néanmoins un cadre utile pour interroger les adolescents détenus de façon appropriée. La Cour d’appel de l’Ontario l’a bien expliqué dans l’arrêt *R. c. S. (S.)* (2007), 222 C.C.C. (3d) 545, 2007 ONCA 481, par. 37 :

[TRADUCTION] Il est évident qu’un formulaire uniforme, traitant adéquatement de toutes les mesures de protection procédurales, faciliterait le respect généralisé du par. 146(2) et, plus important encore, garantirait que les adolescents se sont fait expliquer clairement leurs droits ainsi que les obligations des policiers.

Bref, l’utilisation de formulaires normalisés peut *faciliter* le respect de l’al. 146(2)(b), mais ne saurait y être *assimilé* dans tous les cas. L’observation de cette disposition est une question de fond, et non de forme. Le tribunal qui juge l’adolescent doit, après avoir examiné l’ensemble de la preuve, être convaincu que la personne en autorité lui a expliqué ses droits d’une manière claire et compréhensible. Le juge Sopinka a donné les précisions suivantes à cet égard dans *I. (L.R.)* :

... l’exigence que l’explication prescrite par l’art. 56 précède la déclaration a pour but d’assurer que l’adolescent ne renonce à son droit de garder le silence que de son plein gré, tout en comprenant et en réalisant parfaitement les droits qu’il possède. [Je souligne; p. 528.]

[29] La condition requérant que l’intéressé comprenne quels sont ses droits et réalise leur importance s’applique à tous les adolescents, y compris à ceux qui sont familiers avec le système de justice pénale. L’alinéa 146(2)(b) intègre des principes d’équité qui doivent être « appliqué[s] uniformément à tous, indépendamment des caractéristiques de l’adolescent en cause » (*J. (J.T.)*, p. 768).

[30] This does not mean that experience in the criminal justice system is irrelevant to the inquiry as to the young person's understanding. An individualized, objective approach must take into account the level of sophistication of the young detainee and other personal characteristics relevant to the young person's understanding. Police officers, in determining the appropriate language to use in explaining a young person's rights, must therefore make a reasonable effort to become aware of significant factors of this sort, such as learning disabilities and previous experience with the criminal justice system.

## V

[31] The *YCJA* does not establish the standard of proof the Crown must meet in demonstrating compliance with s. 146. In this case, the trial judge held that the burden rested with the Crown to prove beyond a reasonable doubt that L.T.H. fully understood the rights and options that he waived before providing a statement to police. The Court of Appeal agreed with the trial judge that compliance with s. 146(2)(b) must be proved beyond a reasonable doubt. Unlike the trial judge, however, it held that the onus is on the Crown to establish waiver on a balance of probabilities.

[32] In my view, the standard of proof beyond a reasonable doubt should instead be applied throughout. This standard is most consistent with the purposes of the provision, the common law in relation to the admissibility of statements, and the high standard the Court has consistently required to prove valid waiver.

[33] In enacting the *YCJA*, and specifically the statutory requirements set out in s. 146, Parliament created a statutory scheme which addresses the reduced capacity of young people to understand their rights and their increased disposition to answer questions put to them by persons in authority. As Cory J. explained in *J. (J.T.)*, at p. 766, Parliament

[30] Cela ne veut pas dire que les démêlés antérieurs d'un adolescent avec la justice ne sont pas pertinents pour déterminer son niveau de compréhension. Une démarche objective personnalisée doit tenir compte des connaissances de l'adolescent détenu et de ses autres caractéristiques personnelles susceptibles de fournir des indications sur son niveau de compréhension. Avant de déterminer quels mots utiliser pour expliquer ses droits à un adolescent, les policiers doivent donc faire des efforts raisonnables pour déceler l'existence de facteurs importants, comme des troubles d'apprentissage et des démêlés antérieurs avec la justice.

## V

[31] La *LSJPA* ne prescrit pas la norme de preuve à laquelle doit satisfaire le ministère public pour démontrer qu'il s'est conformé aux conditions prévues à l'art. 146. En l'espèce, la juge du procès a statué qu'il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que L.T.H. avait pleinement compris les droits et les choix auxquels il renonçait avant de faire sa déclaration à la police. À l'instar de la juge du procès, la Cour d'appel a conclu que le respect de l'al. 146(2)(b) doit être établi hors de tout doute raisonnable. Toutefois, contrairement à la juge du procès, la Cour d'appel a statué que le ministère public doit prouver la validité de la renonciation selon la prépondérance des probabilités.

[32] À mon avis, il faut plutôt appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à tous égards. En effet, cette norme est davantage compatible avec l'objet de la disposition, avec les règles de common law applicables à l'admissibilité des déclarations en preuve et avec la norme stricte que notre Cour a appliquée de façon constante à la preuve d'une renonciation valide.

[33] En adoptant la *LSJPA*, et plus précisément les conditions prévues à l'art. 146, le Parlement a créé un régime législatif qui tient compte de la capacité limitée des adolescents de comprendre leurs droits et de leur propension plus grande à répondre aux questions qui leur sont posées par des personnes en autorité. Comme l'a expliqué le juge Cory dans

has “recognized the problems and difficulties that beset young people when confronted with authority”:

A young person is usually far more easily impressed and influenced by authoritarian figures. No matter what the bravado and braggadocio that young people may display, it is unlikely that they will appreciate their legal rights in a general sense or the consequences of oral statements made to persons in authority; certainly they would not appreciate the nature of their rights to the same extent as would most adults. Teenagers may also be more susceptible to subtle threats arising from their surroundings and the presence of persons in authority. A young person may be more inclined to make a statement, even though it is false, in order to please an authoritarian figure. It was no doubt in recognition of the additional pressures and problems faced by young people that led Parliament to enact this code of procedure. [pp. 766-67]

[34] For this reason, Parliament has required that admissible statements must not only be voluntary but, in addition, be preceded by a clear explanation of the young person’s rights. All of the factors listed in s. 146(2) have been determined by Parliament to be appropriate preconditions to the admissibility of a statement by a young person and all must be proved beyond a reasonable doubt.

[35] Section 146(2)(a) provides that a statement will be inadmissible unless it is voluntary. At common law, it is well established that the Crown must prove voluntariness beyond a reasonable doubt (see, for example, *R. v. Singh*, [2007] 3 S.C.R. 405, 2007 SCC 48, at para. 25).

[36] By codifying the requirement of voluntariness in s. 146(2)(a), Parliament should also be taken to have incorporated the associated burden of proof. Indeed, it is not in dispute that the governing standard of persuasion for voluntariness pursuant to s. 146(2)(a) is proof beyond a reasonable doubt. The Crown argues that the reasonable doubt standard,

l’arrêt *J. (J.T.)*, p. 766, le législateur fédéral a « reconnu les problèmes et les difficultés qu’affrontent les adolescents qui sont aux prises avec les autorités » :

Un adolescent est habituellement beaucoup plus facile à impressionner et à influencer par des personnes en situation d’autorité. Peu importe l’attitude de bravade et d’arrogance que peuvent afficher les jeunes, ils n’évalueront vraisemblablement pas leurs garanties juridiques, dans un sens général, ni les conséquences de déclarations verbales faites à des personnes en situation d’autorité; ils n’apprécieront certainement pas la nature de leurs droits dans la même mesure que le feraient la plupart des adultes. Les adolescents peuvent également être plus sensibles à des menaces subtiles provenant de leur entourage et de la présence de personnes en situation d’autorité. Un adolescent peut être plus porté à faire une déclaration, même si elle est fausse, pour plaire à une personne en situation d’autorité. De toute évidence, c’est parce qu’il a reconnu les pressions et les problèmes supplémentaires auxquels font face les adolescents que le législateur a adopté ce code de procédure. [p. 766-767]

[34] C’est pourquoi le Parlement a subordonné l’admissibilité d’une déclaration non seulement à la condition qu’elle soit volontaire, mais aussi à la condition qu’elle ait été précédée d’une explication claire des droits de l’adolescent. Le législateur a jugé opportun d’inclure tous les éléments énumérés au par. 146(2) comme conditions préalables à l’admissibilité d’une déclaration faite par un adolescent, et la preuve de chacun de ces éléments doit être faite hors de tout doute raisonnable.

[35] L’alinéa 146(2)a dispose qu’une déclaration n’est pas admissible en preuve, sauf si elle est volontaire. En common law, il est bien établi que le ministère public a l’obligation de démontrer le caractère volontaire d’une déclaration hors de tout doute raisonnable (voir, par exemple, *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48, par. 25).

[36] Il faut présumer que le législateur, en codifiant l’exigence que la déclaration soit volontaire à l’al. 146(2)a, y a aussi incorporé la norme de preuve correspondante. En effet, nul ne conteste que la norme de persuasion applicable au caractère volontaire requis par l’al. 146(2)a est la preuve hors de tout doute raisonnable. Toutefois,

however, should not apply to proof of compliance with s. 146(2)(b), since this provision is directed at enhancing a young person's right to silence and to counsel, and (unlike voluntariness) is not strongly linked to the reliability of the statement. Similarly, Justice Rothstein finds that voluntariness is "different from all other preconditions" because it alone *always* casts doubt on the reliability of a statement made by a young person to a person in authority (para. 79).

[37] With respect, I am not persuaded by these arguments. While the primary concern of voluntariness may be with reliability, the expanded notion of the confessions rule articulated in *Singh* is concerned as well with respect for an individual's freedom of will. As Charron J. explained, the confessions rule "clearly includes the right of the detained person to make a meaningful choice whether or not to speak to state authorities" (para. 35).

[38] Moreover, like the confessions rule, the informational requirements set out in s. 146(2)(b) are indeed meant to ensure the reliability of a statement. In particular, the requirements are aimed at preventing false confessions by young people inclined to make a statement in order to end the pressure of interrogation or to please an authority figure (*J. (J.T.)*, at pp. 766-67) and at ensuring that any statement given manifests the exercise of free will (*I. (L.R.)*, at p. 528). And, as with voluntariness, the Crown bears the onus of proving beyond a reasonable doubt that the statutory requirements have been met. In regard to voluntariness, the "mere presence of a doubt as to the exercise of the detainee's free will in making the statement will suffice to ground a remedy" (*Singh*, at para. 38). In the context of s. 146(2) *YCJA*, doubt may well arise in the evaluation of the voluntariness of the statement or the adequacy of the statutorily mandated caution. A doubt in regard to either precondition provides a sufficient basis for excluding the statement.

le ministère public fait valoir que cette norme ne devrait pas s'appliquer au respect des conditions énoncées à l'al. 146(2)(b), puisque cette disposition vise à renforcer le droit de l'adolescent de garder le silence et de consulter un avocat, et qu'elle n'est pas (contrairement au caractère volontaire) étroitement liée à la fiabilité de la déclaration. De même, le juge Rothstein conclut que la condition relative au caractère volontaire de la déclaration est « différente de toutes les autres conditions d'admissibilité » parce que c'est la seule à *toujours* soulever un doute sur la fiabilité d'une déclaration faite par un adolescent à une personne en autorité (par. 79).

[37] Avec égards, ces arguments ne me convainquent pas. Bien que l'objet premier de la règle du caractère volontaire des déclarations soit d'en assurer la fiabilité, le concept élargi de la règle des confessions énoncée dans *Singh* s'attache également au respect de la liberté de choix de l'individu. Comme l'a expliqué la juge Charron, la règle des confessions « inclut nettement le droit de la personne détenue de faire un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l'État » (par. 35).

[38] De plus, tout comme la règle des confessions, l'obligation d'information établie à l'al. 146(2)(b) vise à garantir la fiabilité d'une déclaration. Elle a notamment pour but de prévenir les fausses confessions de la part d'adolescents enclins à faire une déclaration pour mettre fin à l'interrogatoire ou pour plaire à une personne en autorité (*J. (J.T.)*, p. 766-767), et de garantir que toute déclaration résulte de l'exercice du libre arbitre de son auteur (*I. (L.R.)*, p. 528). Et comme dans le cas du caractère volontaire, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les conditions fixées par la loi ont été remplies. Pour ce qui est du caractère volontaire, la « seule existence d'un doute quant à savoir si le détenu a usé de son libre arbitre en faisant la déclaration est suffisante pour justifier une réparation » (*Singh*, par. 38). Dans le contexte du par. 146(2) *LSJPA*, un tel doute peut fort bien surgir lors de l'évaluation du caractère volontaire de la déclaration ou du caractère adéquat de la mise en garde exigée par la loi. Tout doute concernant l'une ou l'autre des conditions préalables constitue un motif suffisant pour exclure la déclaration.



[39] With respect to the standard of proof for waiver, reasonable doubt is likewise appropriate. This standard best harmonizes with the elements necessary to establish a valid waiver.

[40] Like adults, young people can waive their right to counsel. They may also waive their unique right to have counsel and an adult present during the making of a statement. However, as in the adult context, a waiver will be valid only if the judge is satisfied that it is premised on a true understanding of the rights involved and the consequences of giving them up.

[41] This Court has repeatedly reaffirmed the test for valid waiver of the *Charter* right to counsel under s. 10(b) and has indicated that the standard required for such a waiver is very high (see, for example, *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; and *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869). According to Lamer C.J., “a person who waives a right must know what he or she is giving up if the waiver is to be valid” (*Prosper*, at p. 275, citing *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173).

[42] This unbroken line of authority begins with *Korponay*, where the Court held that the validity of a waiver of a statutory right is

dependent upon it being *clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process*. [Emphasis in original; p. 49.]

[43] This passage was cited with approval by Wilson J. in *Clarkson*, at pp. 394-95, in the context of waiver of a *Charter* right. She found as well that “any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right” (p. 396). A clear and unequivocal waiver is thus essential, but

[39] Il convient d’appliquer aussi la norme du doute raisonnable à la preuve de la renonciation. C’est cette norme qui s’harmonise le mieux avec les conditions requises pour établir la validité d’une renonciation.

[40] Les adolescents peuvent, à l’instar des adultes, renoncer à leur droit de consulter un avocat. Ils peuvent aussi renoncer à leur droit particulier de faire leur déclaration en présence d’un avocat et d’un autre adulte. Toutefois, comme c’est le cas pour les adultes, la renonciation ne sera jugée valide que si le juge est convaincu qu’elle repose sur une véritable compréhension des droits visés et des conséquences de la décision d’y renoncer.

[41] Notre Cour a réaffirmé à maintes reprises le critère d’appréciation de la validité d’une renonciation au droit de consulter un avocat garanti par l’al. 10b) de la *Charte*, et elle a précisé qu’une norme très stricte s’applique à cet égard (voir, par exemple, *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, et *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869). Selon le juge en chef Lamer, « la personne qui renonce à un droit doit savoir ce à quoi elle renonce pour que la renonciation soit valide » (*Prosper*, p. 275, citant *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173).

[42] Ce courant jurisprudentiel constant remonte à l’arrêt *Korponay*, dans lequel notre Cour a jugé que, pour que la renonciation à un droit prévu par la loi soit valide,

il faut qu’il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu’elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. [Souligné dans l’original; p. 49.]

[43] La juge Wilson a cité et approuvé ce passage dans le contexte de la renonciation à un droit garanti par la *Charte*, dans l’arrêt *Clarkson*, p. 394-395. Elle a également statué que « pour être valide et produire des effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit »

not sufficient: it must be accompanied by a proper understanding of the purpose the right was meant to serve and an appreciation of the consequences of declining its protection.

[44] We are not concerned in this case with the exclusion of otherwise admissible evidence, as, for example, on an application by the accused under ss. 10(b) and 24(2) of the *Charter*. On the contrary, our concern is with the admissibility, at the Crown's behest, of incriminating evidence which Parliament has subjected to mandatory conditions set out in s. 146 *YCJA*.

[45] The Crown has failed to persuade me that a requirement of proof beyond a reasonable doubt represents an anomalous departure from the Court's established jurisprudence. It is true that in the context of the s. 11(b) *Charter* right to a trial within a reasonable time and the s. 14 right to an interpreter, the Court has said, without discussion, that the Crown bears the burden of proving waiver on a balance of probabilities (see *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951). Nothing in either judgment provides any rationale for the adoption in the present context of that standard.

[46] Parliament has considered it right and necessary to afford young persons rights and procedural safeguards which they alone enjoy. Young persons should not lightly be found to have relinquished this enhanced level of protection they were found by Parliament to require. Where a trial judge is not satisfied that the young person understood his or her right to consult counsel and a parent and to have those people present during the statement, or, is not satisfied that the young person appreciated the consequences of waiving those rights, the statement should not be admitted.

(p. 396). Une renonciation bien claire est donc essentielle, mais ne suffit pas à elle seule : elle doit aller de pair avec une compréhension adéquate de la fonction que le droit en cause est censé remplir et une appréciation des conséquences de la décision de se soustraire à sa protection.

[44] Nous ne sommes pas appelés en l'espèce à nous prononcer sur l'exclusion d'un élément de preuve par ailleurs admissible, comme dans les cas où l'accusé présente une demande fondée sur l'al. 10b) et le par. 24(2) de la *Charte*. Au contraire, nous devons plutôt décider s'il y a lieu d'admettre, à la demande du ministère public, un élément de preuve incriminant dont le législateur a subordonné l'admissibilité au respect de certaines conditions impératives énoncées à l'art. 146 *LSJPA*.

[45] Le ministère public ne m'a pas convaincu que le fait d'exiger le respect de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable constitue un écart injustifié par rapport à la jurisprudence bien établie de notre Cour. Certes, la Cour a déclaré, sans donner de précisions, que le ministère public est tenu d'établir selon la prépondérance des probabilités la validité d'une renonciation au droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'al. 11b) de la *Charte* et au droit à l'assistance d'un interprète prévu à l'art. 14 (voir *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951). Néanmoins, ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'offre quelque fondement que ce soit à l'adoption de cette norme dans le contexte qui nous intéresse ici.

[46] Le Parlement a cru juste et nécessaire d'accorder aux adolescents des droits et des garanties procédurales dont ils sont les seuls à bénéficier. Il ne faut pas conclure à la légère qu'un adolescent a renoncé aux mesures de protection supplémentaires dont le législateur a jugé que les adolescents devaient bénéficier. Lorsque le juge du procès n'est pas convaincu que l'adolescent a bien compris son droit de consulter un avocat et un parent et de faire une déclaration en leur présence, ou encore qu'il a bien saisi les conséquences de sa renonciation à ces droits, la déclaration de l'adolescent ne doit pas être admise en preuve.

[47] Adopting a single standard of proof for compliance with each component of s. 146 offers significant advantages over a fragmented approach. It is consistent, moreover, with the relevant principles of statutory interpretation — in particular, the presumption that legislation is internally consistent and coherent. As R. Sullivan explains, the provisions of a statute are

presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose the parts are also presumed to work together dynamically, each contributing something toward accomplishing the intended goal.

(*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 168)

The provisions of the *YCJA* should be read harmoniously. In accordance with the presumption of coherence, s. 146 must be interpreted in light of the *YCJA*'s declaration of principles (s. 3). Those principles emphasize fairness and proportionality consistent with young persons' higher levels of dependency and lower levels of maturity and the related need for greater procedural protections. Section 146, in its entirety, is aimed at fulfilling one of the objectives of the legislation — to offer enhanced protection to young persons and ensure they are treated fairly. In practical terms, adopting a single standard ensures that the trial judge's mind is properly directed to this task.

[48] The Crown contends that requiring proof of actual understanding on the normal criminal standard will prove elusive. This is a reasonable but ultimately unwarranted concern. I am not persuaded that imposing a uniform burden of proof under s. 146 places an unduly onerous burden on the Crown. If the trial judge is satisfied, beyond a reasonable doubt, that the rights and options of the young person were *in fact explained* in the manner required by s. 146, a presumption will arise that the young person *in fact understood* those rights

[47] L'adoption d'une seule et même norme de preuve pour juger du respect de chacun des éléments de l'art. 146 présente des avantages importants par rapport à une approche fragmentée. En outre, elle est compatible avec les principes d'interprétation législative pertinents — en particulier la présomption de cohérence interne des textes de loi. Comme l'explique R. Sullivan, les dispositions de la loi

[TRADUCTION] sont présumées s'assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que ce cadre a un objet, ses éléments sont aussi présumés s'appliquer ensemble de façon dynamique, chacun contribuant à la réalisation de l'objectif visé.

(*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 168)

Les dispositions de la *LSJPA* doivent être interprétées en harmonie les unes avec les autres. Conformément à la présomption de cohérence, l'art. 146 doit recevoir une interprétation qui s'inspire de la déclaration de principes incluse dans la *LSJPA* (art. 3). Ces principes mettent l'accent sur une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec l'état de dépendance et le degré de maturité des adolescents, et sur la nécessité de leur accorder, en conséquence, des garanties procédurales supplémentaires. Considéré globalement, l'art. 146 vise à assurer la réalisation de l'un des objectifs de la *LSJPA* — celui d'offrir des mesures de protection supplémentaires aux adolescents pour leur garantir un traitement équitable. Concrètement, l'adoption d'une norme unique permet au juge du procès de se concentrer comme il se doit sur cette tâche.

[48] Le ministère public prétend qu'il s'avèrera presque impossible de prouver que l'adolescent a effectivement compris les explications suivant la norme habituellement applicable en matière criminelle. Bien que raisonnable, cette crainte est en dernière analyse injustifiée. Je ne suis pas convaincu que le fait de prescrire une norme de preuve unique pour l'application de l'art. 146 imposerait un fardeau démesuré au ministère public. Si le juge du procès est convaincu hors de tout doute raisonnable que les droits et les choix dont l'adolescent peut

and the effect of waiving them. Trial judges will therefore be expected to draw that inference in the absence of evidence to the contrary.

[49] It should be remembered as well that, in virtue of s. 146(5) and (6), youth court judges may admit statements affected by technical irregularities, provided they are satisfied beyond a reasonable doubt that the substantive requirements of s. 146 have been met.

## VI

[50] The trial judge (at paras. 12 and 16) appears to have considered that proof of subjective understanding was necessary to establish compliance with s. 146(2)(b). With respect, as earlier explained, I think it unnecessary to establish by affirmative evidence that the young person in fact understood the explanation required by that provision. Nor, would I impose, as the trial judge apparently did, an additional mandatory requirement that police officers ask young persons to “explain back” their rights. The Crown has failed to persuade me, however, that absent these findings there is a reasonable possibility that the trial judge’s ruling on admissibility would have been different.

[51] The trial judge did not err in finding that police officers must form an opinion as to the level of understanding of the accused. A failure, as in this case, to make any inquiry in this regard will generally prove fatal to the admissibility of the statement, since the Crown must demonstrate that the explanation given was appropriately tailored to the particular young person. Moreover, the trial judge was not satisfied that L.T.H. clearly understood his rights and the ramifications of waiving them before doing so.

[52] The trial judge was bound to find the statements inadmissible if she was not satisfied beyond a

se prévaloir lui ont *effectivement été expliqués* en conformité avec l’art. 146, l’adolescent sera présumé avoir *effectivement compris* ces droits et les conséquences d’y renoncer. Les juges de première instance devraient donc normalement tirer cette inférence en l’absence de preuve à l’effet contraire.

[49] Il faut également se souvenir que les par. 146(5) et (6) permettent au juge du tribunal pour adolescents d’admettre en preuve une déclaration entachée d’irrégularités techniques, s’il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l’art. 146 a été respecté quant au fond.

## VI

[50] La juge du procès (aux par. 12 et 16) semble avoir jugé qu’il faut prouver la compréhension subjective pour démontrer le respect des conditions énoncées à l’al. 146(2)(b). Avec égards, comme je l’ai expliqué plus tôt, je crois qu’il n’est pas nécessaire d’établir au moyen d’une preuve affirmative que l’adolescent a effectivement compris les explications requises par cette disposition. Je n’imposerais pas non plus, comme l’a manifestement fait la juge du procès, une condition impérative supplémentaire obligeant les policiers à demander à l’adolescent de leur « réexpliquer » ses droits. Toutefois, le ministère public ne m’a pas convaincu que, si la juge du procès n’avait pas tiré ces conclusions, sa décision quant à l’admissibilité aurait raisonnablement pu être différente.

[51] La juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que les policiers doivent se faire une idée du degré de compréhension de l’accusé. L’omission, comme ce fut le cas en l’espèce, de faire quelque vérification que ce soit à cet égard entraînera généralement l’exclusion de la déclaration, puisque le ministère public doit démontrer que les explications données à l’adolescent étaient adaptées à sa situation particulière. Qui plus est, la juge du procès n’était pas convaincue que L.T.H. avait clairement compris ses droits et les conséquences d’y renoncer, avant de décider de le faire.

[52] La juge du procès était tenue de conclure à l’inadmissibilité des déclarations si elle n’était pas

reasonable doubt that L.T.H.'s rights were explained to him in language appropriate to his understanding *or* if she had a reasonable doubt whether L.T.H. understood his right to counsel and therefore could validly waive it. It is clear from her reasons that she was left with a reasonable doubt in both respects.

[53] In concluding that the Crown had not discharged its burden in this case, the trial judge noted the officer's rapid pace in navigating the waiver form, the lack of eye contact with L.T.H. and the officer's monotone voice. She noted that there was no evidence, apart from his affirmative reply to repeated questions of "do you understand?", that L.T.H. understood his rights and the officer made no effort to establish his level of understanding. The trial judge made particular reference to L.T.H.'s comment, midway through the reading of the form, to the effect that he was not going to answer all of the questions being asked of him. This led her to wonder whether he really understood the importance of the questions and the answers he was giving (para. 35).

[54] The trial judge found that the completion of the form amounted to a mere formality. This, and evidence she heard as to the appellant's learning disability, caused her to have "grave concerns" about whether L.T.H. understood his rights. On this basis, she ruled that the statement of the appellant was inadmissible pursuant to s. 146. She was entitled to do so.

[55] Like voluntariness, the issue of whether a detained youth has received a clear explanation of his rights and options, and whether he has understood those rights to the extent necessary for an effective waiver, are essentially questions of fact. In *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 71, the Court held that a finding of voluntariness "should only be overturned for 'some

convaincue hors de tout doute raisonnable que les droits garantis à L.T.H. lui avaient été expliqués en des termes adaptés à sa compréhension *ou* si elle avait un doute raisonnable quant à la compréhension par L.T.H. de son droit de consulter un avocat et, partant, quant à la validité de sa renonciation. Il ressort clairement des motifs de la juge qu'il subsistait un doute raisonnable dans son esprit sur ces deux points.

[53] Lorsqu'elle a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait en l'espèce, la juge du procès a souligné le rythme rapide de la lecture du formulaire de renonciation, l'absence de contacts visuels avec L.T.H. et le ton monocorde de l'agent. Elle a fait remarquer, d'une part, qu'à l'exception des réponses affirmatives données à plusieurs reprises par L.T.H. à la question « comprenez-vous? », rien n'indiquait que L.T.H. avait compris ses droits et, d'autre part, que l'agent n'avait fait aucun effort pour déterminer son niveau de compréhension. La juge a souligné de façon particulière le commentaire fait par L.T.H., à mi-chemin de la lecture du formulaire, selon lequel il ne répondrait pas à toutes les questions. Elle s'est alors demandé si L.T.H. comprenait réellement l'importance des questions qui lui étaient posées et des réponses qu'il donnait (par. 35).

[54] La juge du procès a estimé que la lecture du formulaire constituait une simple formalité. Cette conclusion et la preuve des troubles d'apprentissage de l'appellant qui lui a été présentée ont fait naître chez elle de [TRADUCTION] « sérieux doutes » quant à savoir si L.T.H. avait compris ses droits. Sur ce fondement, elle a statué que, suivant l'art. 146, la déclaration de l'appellant n'était pas admissible en preuve. Elle pouvait à bon droit tirer cette conclusion.

[55] Tout comme la détermination du caractère volontaire, les questions de savoir si l'adolescent détenu a obtenu des explications claires au sujet de ses droits et des choix qui lui sont offerts et s'il a suffisamment compris ces droits pour y renoncer valablement constituent essentiellement des questions de fait. Dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 71, notre Cour a déclaré

*palpable and overriding* error which affected [the trial judge's] assessment of the facts': *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (quoting *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808) (emphasis in *Schwartz*). The same is true for findings made pursuant to s. 146.

[56] In my view, the trial judge's finding on the issue of compliance with s. 146 is supported by the record and is entitled to deference. I therefore see no reason to interfere with her ruling on the admissibility of the statement.

## VII

[57] I conclude with three observations concerning the reasons of Rothstein J.

[58] First, there is a recognized exception to the general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities. Proof beyond a reasonable doubt will be required instead "in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt" (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 71). The appellant's incriminating statement to the police clearly falls within that recognized exception. And that is the evidence in issue here. Indeed, as I mentioned earlier, our concern is with the admissibility of a statement that *formed the basis of the Crown's case against the appellant*.

[59] Justice Rothstein cites (at para. 83) the passage in *Arp* that sets out the exception to which I have just referred. For ease of reference, I reproduce the relevant part of that passage here:

... the general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities is departed from in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with

qu'une conclusion à l'égard du caractère volontaire « ne doit être infirmée que si "le juge du procès a commis une erreur *manifeste et dominante* qui a faussé son appréciation des faits" : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, p. 279 (citant *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808) (passage souligné dans *Schwartz*) ». Il en va de même des conclusions tirées à l'égard des conditions prévues à l'art. 146.

[56] À mon avis, la conclusion de la juge du procès sur la question de l'observation des conditions prescrites par l'art. 146 est étayée par le dossier et commande la déférence de la Cour. Par conséquent, je ne vois aucune raison de modifier sa décision sur l'admissibilité de la déclaration.

## VII

[57] Je conclus par trois remarques sur les motifs du juge Rothstein.

[58] Premièrement, il existe déjà une exception bien reconnue à la règle générale voulant que les conclusions de fait préliminaires puissent être tirées selon la prépondérance des probabilités. On exigera en effet une preuve hors de tout doute raisonnable « dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité » (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 71). Il est clair que la déclaration incriminante que l'appelant a faite à la police est visée par cette exception reconnue. C'est ce type de preuve qui est en cause en l'espèce. En effet, comme je l'ai mentionné précédemment, nous sommes appelés à statuer sur l'admissibilité d'une déclaration qui *constituait le fondement de la preuve du ministère public contre l'appelant*.

[59] Le juge Rothstein cite, au par. 83, un extrait de l'arrêt *Arp* où se trouve énoncée l'exception que je viens de mentionner. Par souci de commodité, j'en reproduis ici le passage pertinent :

... il y a dérogation à la règle générale selon laquelle les conclusions de fait préliminaires peuvent être tirées selon la prépondérance des probabilités dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même

respect to guilt. For example, where the Crown adduces a statement of the accused made to a person in authority, the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt of the voluntariness of the statement. That evidence may of itself, if accepted as true, provide conclusive proof of guilt. Since doubt about the statement's voluntariness also casts doubt on its reliability, proof beyond a reasonable doubt is warranted. [Emphasis added; para. 71.]

Justice Rothstein and I part company in only one important regard. If Justice Cory considered that the voluntariness of a statement to a person in authority was the *only* occasion requiring proof beyond a reasonable doubt, he would not have characterized it as *an example* of the *occasions* that do; likewise, since Justice Cory characterized voluntariness as an example, he cannot have meant that voluntariness is the *only* matter requiring proof beyond a reasonable doubt, as contended by Justice Rothstein. With respect, moreover, I see nothing anywhere else in *Arp* to suggest that the voluntariness of a statement to a person in authority is the *only* matter requiring proof beyond a reasonable doubt — and not merely *an example*, as indicated by Justice Cory in the passage cited by my colleague. The contrary appears to be true.

[60] Second, in *none* of the decisions relied on by my colleague has a court admitted a statement made by an accused to a person in authority where the court was left with a reasonable doubt as to whether the requirements for admissibility had been met. *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, cited by my colleague in this regard, did not involve a statement made by an accused *to a person in authority*.

[61] I can see no reason to adopt a standard less onerous than the common law imposes where Parliament, as in s. 146 *YCJA*, has expressly subjected the admissibility of a statement made by a young person to a person in authority not only to

avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité. Par exemple, lorsque le ministère public produit une déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire de la déclaration. Cette preuve peut, si elle est tenue pour avérée, apporter en elle-même une preuve concluante de la culpabilité. Étant donné que l'existence d'un doute sur le caractère volontaire de la déclaration se répercute également sur la fiabilité de celle-ci, il est justifié d'exiger une preuve hors de tout doute raisonnable. [Je souligne; par. 71.]

Le juge Rothstein et moi divergeons d'opinion sur un seul point important. Si le juge Cory avait jugé que le caractère volontaire d'une déclaration à une personne en situation d'autorité constituait le *seul* cas exigeant une preuve hors de tout doute raisonnable, il ne l'aurait pas qualifié d'*exemple* parmi les *cas* qui l'exigent; de même, comme le juge Cory a qualifié le caractère volontaire d'exemple, il ne pouvait pas vouloir dire que le caractère volontaire est la *seule* question qui doit être tranchée selon la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable, comme l'affirme le juge Rothstein. En outre, avec égards, j'estime qu'aucun autre passage de l'arrêt *Arp* ne laisse supposer que le caractère volontaire d'une déclaration à une personne en autorité soit la *seule* question qui exige une preuve hors de tout doute raisonnable — plutôt qu'*un simple exemple*, comme l'a indiqué le juge Cory dans le passage cité par mon collègue. Le contraire me semble vrai.

[60] Deuxièmement, dans *aucune* des décisions invoquées par mon collègue une cour n'a-t-elle admis en preuve une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité lorsqu'il subsistait un doute raisonnable dans son esprit quant au respect des exigences en matière d'admissibilité. Dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, cité par mon collègue à cet égard, il n'était pas question d'une déclaration faite par un accusé *à une personne en situation d'autorité*.

[61] Je ne vois pas pourquoi il faudrait adopter une norme moins stricte que celle prescrite par la common law lorsque le législateur a, comme à l'art. 146 *LSJPA*, expressément subordonné l'admissibilité d'une déclaration faite par un adolescent à une

the requirement of voluntariness, but to additional conditions as well.

[62] Third, Justice Rothstein rests his divergent conclusion, at least in part, on an apparent misapprehension of my reasons. He understands me to have adopted the standard of proof beyond a reasonable doubt because the informational and waiver requirements go to the voluntariness of the statement. With respect, I am unable to find anything in my reasons to that effect.

[63] My reasons, and indeed the wording of s. 146, make clear that compliance with the informational component and the establishment of waiver are not simply “two factors which are to be considered and weighed by the judge, together with other relevant factors, in deciding whether the statement was made voluntarily” (Rothstein J., at para. 90). They are distinct and independent requirements of admissibility. Even where voluntariness has been established beyond a reasonable doubt (as the trial judge found in this case), the statement must be excluded where the youth has not had his or her rights clearly explained in appropriate language or where waiver has not been established.

## VIII

[64] For all of these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the appellant’s acquittal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[65] Section 146 of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“*YCJA*”), governs the admissibility

personne en situation d’autorité non seulement à son caractère volontaire, mais encore à d’autres conditions.

[62] Troisièmement, le juge Rothstein fonde sa conclusion divergente, du moins en partie, sur une interprétation apparemment erronée de mes motifs. Il comprend de ceux-ci que j’ai adopté la norme de preuve hors de tout doute raisonnable parce que l’obligation d’information et les conditions de renonciation touchent le caractère volontaire de la déclaration. Avec égards, je ne vois rien dans les présents motifs qui se prête à pareille interprétation.

[63] Il ressort clairement de mes motifs, et d’ailleurs du libellé de l’art. 146, que le respect de l’obligation d’information et l’observation des conditions de renonciation ne constituent pas simplement « deux des facteurs pertinents que le juge doit prendre en compte et apprécier pour déterminer si la déclaration était volontaire » (le juge Rothstein, par. 90). Ce sont des conditions d’admissibilité distinctes et indépendantes. Même lorsque son caractère volontaire est prouvé hors de tout doute raisonnable (comme l’a conclu la juge du procès en l’espèce), la déclaration doit être écartée dans les cas où l’adolescent ne s’est pas vu expliquer clairement ses droits en des termes appropriés et dans les cas où la renonciation n’a pas été établie.

## VIII

[64] Pour tous ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de nouveau procès et de rétablir l’acquittal.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[65] L’article 146 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1



of statements made to persons in authority by young persons who are accused of committing offences. The relevant provisions are contained in the Appendix of Justice Fish's reasons.

[66] Two issues are raised in this appeal. The first is whether the Crown must prove that in taking a statement, the person in authority not only clearly explained to the young person, in language appropriate to his or her age and understanding, his or her rights conferred by s. 146(2)(b) *YCJA*, but also, that it was *in fact understood* by the young person who made the statement. The second is whether compliance with the informational and waiver requirements of s. 146(2)(b) and (4) must be proven by the Crown beyond a reasonable doubt or on a balance of probabilities.

[67] I have read the reasons of Justice Fish. He says that the Crown's evidentiary burden will be discharged by evidence that the person to whom the statement was made has, before the statement is made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his or her age and understanding, his or her rights under s. 146(2)(b) *YCJA*. Evidence of actual understanding is not required. I agree. I also agree with him that the young person's previous experience in the youth criminal justice system may be evidence that the caution was explained in language appropriate to the young person's understanding.

[68] As to the second issue, I agree with Fish J. that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the statement made by the young person was voluntary. I differ with him, however, on the standard of proof applicable to whether there was compliance by the person in authority with the informational and waiver requirements of s. 146 *YCJA*. Fish J. says the standard is proof beyond a reasonable doubt. In my respectful view, the standard is proof on a balance of probabilities.

(« *LSJPA* »), régit l'admissibilité d'une déclaration faite par un adolescent inculpé à une personne en autorité. Les dispositions pertinentes sont reproduites en annexe des motifs du juge Fish.

[66] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, le ministère public doit-il prouver non seulement que la personne en autorité qui a recueilli la déclaration a expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, les droits qui lui sont garantis par l'al. 146(2)(b) *LSJPA*, mais aussi que l'adolescent qui a fait la déclaration a *effectivement compris* ces explications? Deuxièmement, le ministère public doit-il prouver hors de tout doute raisonnable, ou selon la prépondérance des probabilités, que l'obligation d'information et les conditions de renonciation prescrites par l'al. 146(2)(b) et le par. 146(4) ont été remplies?

[67] J'ai pris connaissance des motifs du juge Fish. Selon lui, le ministère public s'acquitte du fardeau de preuve qui lui incombe en établissant que la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, les droits qui lui sont garantis par l'al. 146(2)(b) *LSJPA*. Il n'est pas tenu de prouver que l'adolescent a effectivement compris l'explication. Je partage son avis. Comme lui, j'estime également que les démêlés antérieurs de l'adolescent avec le système de justice pénale pour les adolescents peuvent démontrer que la mise en garde a été faite en des termes adaptés à sa compréhension.

[68] En ce qui a trait à la deuxième question, je suis d'accord avec le juge Fish pour dire que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que la déclaration faite par l'adolescent était volontaire. Toutefois, je ne partage pas son opinion sur la question de la norme de preuve à appliquer pour déterminer si la personne en autorité a respecté son obligation d'information et les conditions de renonciation prescrites par l'art. 146 *LSJPA*. Le juge Fish affirme qu'il faut appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. À mon humble avis, la norme applicable est celle de la prépondérance des probabilités.

## II. Analysis

### (1) *Common Law Standard of Proof for Preliminary Questions of Fact*

[69] The *YCJA* does not expressly provide a standard of proof for compliance with s. 146. However, s. 146(1) states:

Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

Fish J. and I agree that the “law” referred to in s. 146(1) is common law. Where we differ is in what the common law requires.

[70] The common law rule relating to the admissibility of evidence is that the party seeking to admit the evidence must establish on the balance of probabilities preliminary matters governing the use of that evidence: *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, at p. 668, *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, at pp. 947-48, and *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 70.

[71] In *Evans*, the type of evidence at issue was an admission by the accused in the form of hearsay. This Court held that, before admitting the evidence, the Crown had to establish on a balance of probabilities the precondition that the statement was made by the accused. Sopinka J., writing for a majority of the Court, stated at p. 668:

This Court has affirmed that preliminary questions of fact by the trier of fact may be decided on a balance of probabilities. . . .

. . . If there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt.

## II. Analyse

### (1) *La norme de preuve applicable en common law aux questions de fait préliminaires*

[69] La *LSJPA* ne précise pas la norme de preuve applicable au respect de l’art. 146. Toutefois, le par. 146(1) dispose que :

Sous réserve des autres dispositions du présent article, les règles de droit concernant l’admissibilité des déclarations faites par des personnes inculpées s’appliquent aux adolescents.

Le juge Fish et moi sommes d’avis que les « règles de droit » dont il est question au par. 146(1) sont les règles de common law. Toutefois, nous ne sommes pas d’accord sur les exigences qu’elles comportent.

[70] Selon la règle de common law régissant l’admissibilité de la preuve, la partie qui cherche à faire admettre un élément de preuve doit établir selon la prépondérance des probabilités les faits préliminaires qui conditionnent l’utilisation de cet élément de preuve : *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, p. 668; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938, p. 947-948, et *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 70.

[71] Dans *Evans*, l’élément de preuve en litige était un aveu de l’accusé sous forme de preuve par ouï-dire. La Cour a jugé que le ministère public devait établir selon la prépondérance des probabilités que la déclaration était celle de l’accusé avant que cette déclaration puisse être admise en preuve. Le juge Sopinka, qui a rédigé les motifs au nom des juges majoritaires, s’est exprimé ainsi, à la p. 668 :

Notre Cour a affirmé que le juge des faits peut trancher les questions de fait préliminaires en se fondant sur la prépondérance des probabilités. . . .

. . . Si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l’objet d’un examen en deux temps. Tout d’abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l’accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l’accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite, le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé.

[72] Only one exception to proof on a balance of probabilities for preliminary questions of fact governing the use of evidence has been recognized by this Court: the confessions rule. The definitive statement of the confessions rule came in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609:

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

This Court adopted the “*Ibrahim* rule” in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and subsequently applied it in cases like *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640.

[73] As it now stands, the common law confessions rule “requires proof beyond a reasonable doubt of the voluntariness of any statement obtained from an accused by a person in authority before it may be admitted in evidence” (*R. v. Singh*, [2007] 3 S.C.R. 405, 2007 SCC 48, at para. 29).

[74] As indicated by Iacobucci J. in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 32, the rule is directed against the danger of false confessions. Involuntary confessions are more likely to be unreliable. It is because doubt about the statement’s voluntariness also casts doubt on its reliability that proof beyond a reasonable doubt is warranted.

In defining the confessions rule, it is important to keep in mind its twin goals of protecting the rights of the accused without unduly limiting society’s need to investigate and solve crimes. Martin J.A. accurately delineated this tension in *R. v. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), at p. 721:

Although improper police questioning may in some circumstances infringe the governing

[72] La Cour n’a admis qu’une seule exception à l’application de la norme de la prépondérance des probabilités aux questions de fait préliminaires qui conditionnent l’utilisation d’un élément de preuve : la règle des confessions. L’énoncé définitif de la règle des confessions a été formulé dans *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609 :

[TRADUCTION] C’est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu’aucune déclaration d’un accusé n’est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l’accusation ne prouve qu’il s’agit d’une déclaration volontaire, c’est-à-dire qui n’a pas été obtenue par crainte d’un préjudice, ou dans l’espoir d’un avantage dispensé ou promis, par une personne en situation d’autorité.

Notre Cour a adopté la règle de l’arrêt *Ibrahim* dans *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226, et l’a appliquée par la suite dans des affaires telles *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.

[73] Dans son état actuel, la règle des confessions en common law prévoit que « pour qu’une déclaration obtenue auprès d’un accusé par une personne en situation d’autorité puisse être admise en preuve, il faut préalablement en établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable » (*R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, 2007 CSC 48, par. 29).

[74] Comme l’a indiqué le juge Iacobucci dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 32, la règle vise à se prémunir contre le problème des fausses confessions, puisque les confessions non volontaires risquent davantage que les autres de ne pas être fiables. C’est parce qu’un doute quant au caractère volontaire de la déclaration soulève également un doute quant à sa fiabilité qu’il est justifié d’exiger une preuve hors de tout doute raisonnable.

En définissant la règle des confessions, il est important d’avoir à l’esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l’accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d’enquêter sur les crimes et de les résoudre. Le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario a bien décrit le tiraillement entre ces deux objectifs dans *R. c. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), à la p. 721 :

[TRADUCTION] Même si des interrogatoires policiers irréguliers peuvent, dans certaines

[confessions] rule it is essential to bear in mind that the police are unable to investigate crime without putting questions to persons, whether or not such persons are suspected of having committed the crime being investigated. Properly conducted police questioning is a legitimate and effective aid to criminal investigation. . . . On the other hand, statements made as the result of intimidating questions, or questioning which is oppressive and calculated to overcome the freedom of will of the suspect for the purpose of extracting a confession are inadmissible. . . .

All who are involved in the administration of justice, but particularly courts applying the confessions rule, must never lose sight of either of these objectives.

(*Per Iacobucci J.*, in *Oickle*, at para. 33)

[75] In the case of statements made by young persons, the Crown must prove beyond a reasonable doubt the statement's voluntariness as statutorily required under s. 146(2)(a) *YCJA*.

[76] Beyond the well-established confessions rule, there have been no other cases where proof beyond a reasonable doubt has been required by this Court or by any other court as a precondition to admission of evidence, including statements of an accused made to a person of authority (see *D. M. Paciocco and L. Stuesser, The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 19).

[77] In the case of a statement made by a young person to a person of authority, a precondition to the admissibility of the statement is compliance with the informational requirement as set out in s. 146(2)(b) *YCJA*. Applying the common law principle, compliance with that preliminary determination must be proven by the Crown on a balance of probabilities.

[78] For this reason, I cannot agree with Fish J. that proof beyond a reasonable doubt applied throughout s. 146 is the standard most consistent with the common law in relation to the admissibility of statements (Fish J.'s reasons, at para. 32).

circonstances, porter atteinte à la règle [des confessions] applicable, il est essentiel de se rappeler que les autorités policières sont incapables de mener des enquêtes sur des crimes sans interroger des personnes, que ces personnes soient ou non soupçonnées d'avoir commis le crime faisant l'objet de l'enquête. Un interrogatoire policier régulièrement mené est un outil légitime et efficace d'enquêtes criminelles. [ . . . ] Par contre, les déclarations faites à la suite de questions intimidantes ou d'un interrogatoire oppressant et destiné à subjuguer la volonté du suspect afin de lui soutirer une confession sont inadmissibles. . . .

Tous ceux qui participent à l'administration de la justice, mais particulièrement les tribunaux qui appliquent la règle des confessions, ne doivent jamais perdre de vue ces objectifs.

(*Le juge Iacobucci*, dans *Oickle*, par. 33)

[75] En ce qui concerne les déclarations faites par des adolescents, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration, comme l'exige l'al. 146(2)(a) *LSJPA*.

[76] À l'exception de la « règle des confessions » bien établie, il n'existe pas d'autres cas où la Cour, ou toute autre cour, aurait exigé une preuve hors de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'admissibilité d'un élément de preuve, même dans le cas d'une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité (voir *D. M. Paciocco et L. Stuesser, The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 19).

[77] Dans le cas d'une déclaration faite par un adolescent à une personne en situation d'autorité, le respect de l'obligation d'information imposée par l'al. 146(2)(b) *LSJPA* constitue une condition à l'admissibilité de la déclaration. Selon le principe de la common law, le ministère public doit prouver que cette condition a été remplie selon la prépondérance des probabilités.

[78] C'est pourquoi je ne puis souscrire à la conclusion du juge Fish selon laquelle la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable appliquée à l'ensemble de l'art. 146 est la norme la plus compatible avec les règles de common law régissant l'admissibilité des déclarations (motifs du juge Fish, par. 32).

[79] In particular, I cannot agree with him that just because an incriminating statement is made to a person in authority, all preconditions to its admissibility must be established beyond a reasonable doubt (Fish J.'s reasons, at paras. 58 and 61). The confessions rule is solely directed to the question of the voluntariness of the statement and not to other preconditions to its admissibility. As I have explained throughout my reasons, beyond the confessions rule, *there has never been a case where proof beyond a reasonable doubt has been found to be required as a precondition to admission of evidence*. The precondition of voluntariness is different from all other preconditions to admissibility since doubt about the statement's voluntariness *always* casts doubt on its reliability. The same cannot be said about the informational and waiver preconditions of s. 146(2)(b) and (4). It is quite possible for an explanation that was not adequately tailored to the age and understanding of the young person to not cast any doubt about the statement's reliability. In the rare case where an aspect of the informational and waiver requirements does cast a doubt about the reliability of a statement, the Crown will still be required to prove voluntariness beyond a reasonable doubt ensuring that a statement that was not given voluntarily would not be admissible.

[80] The common law rule that all preliminary matters governing the use of evidence must be established on the balance of probabilities has been consistently applied even in cases where the evidence is crucial to a finding of guilt. It has been applied to preconditions of admissibility of various types of evidence such as hearsay, post-offence conduct, expert and similar fact evidence: *Arp*, at para. 48; *Evans*, at pp. 667-68; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 49; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, at para. 55; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 41; *R. v. Terceira* (1998), 15 C.R. (5th) 359 (Ont. C.A.) (aff'd [1999] 3 S.C.R. 866), at para. 46.

[79] Plus particulièrement, je ne puis souscrire à sa conclusion que, du seul fait qu'une déclaration incriminante a été faite à une personne en situation d'autorité, toutes les conditions à son admissibilité doivent être prouvées hors de tout doute raisonnable (motifs du juge Fish, par. 58 et 61). La règle des confessions ne vise que le caractère volontaire de la déclaration et non les autres conditions à son admissibilité. Comme je l'ai expliqué tout au long de mes motifs, hormis la « règle des confessions », *la jurisprudence ne comporte aucun précédent où la preuve hors de tout doute raisonnable a été jugée nécessaire à l'admissibilité en preuve*. La condition relative au caractère volontaire d'une déclaration est différente de toutes les autres conditions d'admissibilité puisqu'un doute à cet égard soulève *toujours* un doute quant à sa fiabilité. On ne peut en dire autant de l'obligation d'information et des conditions de renonciation prescrites par l'al. 146(2)b) et le par. 146(4). Il est tout à fait possible qu'une explication qui n'a pas été correctement adaptée à l'âge et à la compréhension de l'adolescent ne soulève aucun doute quant à la fiabilité de la déclaration. Dans les rares cas où un aspect de l'obligation d'information et des conditions de renonciation soulève un doute quant à la fiabilité d'une déclaration, le ministère public devra tout de même prouver hors de tout doute raisonnable que cette dernière a été faite volontairement ce qui garantit qu'une déclaration non volontaire sera inadmissible.

[80] La règle de common law selon laquelle toutes les questions préliminaires qui conditionnent l'utilisation d'un élément de preuve doivent être tranchées selon la prépondérance des probabilités est systématiquement appliquée, même lorsqu'il s'agit d'une preuve cruciale pour la déclaration de culpabilité. Elle a été appliquée aux conditions d'admissibilité de divers types de preuve — telles la preuve par ouï-dire, la preuve du comportement postérieur à l'infraction, la preuve d'expert et la preuve de faits similaires : *Arp*, par. 48; *Evans*, p. 667-668; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 49; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, par. 55; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 41; *R. c. Terceira* (1998), 15 C.R. (5th) 359 (C.A. Ont.) (conf. par [1999] 3 R.C.S. 866), par. 46.

Indeed, even where the Crown leads devastating opinion evidence that the suspect DNA and the DNA of the accused have identical characteristics leading to overwhelming odds that the suspect DNA belonged to the accused, the preconditions to the admission of the opinion evidence need be established only on the balance of probabilities. [Footnote omitted.]

(Paciocco and Stuesser, at p. 19)

[81] Even in cases *where evidence is an admission by the accused*, this Court has held that the preconditions to the admission of the inculpatory statement must be established on the balance of probabilities. See for example *Evans*, where the type of evidence at issue was an admission by the accused in the form of hearsay. Although *Evans* did not involve a statement made by an accused specifically to a person in authority, as pointed out by Fish J. at para. 60 of his reasons, the statement was nevertheless an inculpatory admission by the accused and crucial to a finding of guilt.

[82] Fish J. does not cite any cases in which proof beyond a reasonable doubt has been applied to statutory preconditions to admissibility. However, numerous decisions relate to *common law* preconditions to the admissibility of evidence. In all these cases, this Court (as well as other courts) has consistently required that the common law preconditions to the admissibility of evidence be established on a balance of probabilities. There is no logical distinction between common law and statutory preconditions that would support different standards of proof for each. Whether statutory or common law, both types of preconditions are requirements for admissibility of evidence and they are subject to the same standard of proof, namely that of the balance of probabilities.

[83] Fish J. does cite *Arp* in support of his conclusion that “[t]he appellant’s incriminating statement to the police clearly falls within that recognized exception [of requiring proof beyond a reasonable doubt]” (Fish J.’s reasons, at para. 58). He seems to

[TRADUCTION] En effet, même lorsqu’il produit une preuve accablante sous forme d’opinion selon laquelle l’ADN du suspect et l’ADN de l’accusé ont tellement de caractéristiques identiques que la probabilité que l’ADN du suspect appartienne à l’accusé frôle la certitude, le ministère public ne doit établir les conditions d’admissibilité de cette preuve que selon la prépondérance des probabilités. [Note de bas de page omise.]

(Paciocco et Stuesser, p. 19)

[81] Même dans les cas où la preuve consiste en un aveu de l’accusé, la Cour a statué que les conditions d’admissibilité de la déclaration inculpatoire doivent être établies selon la prépondérance des probabilités. Voir à titre d’exemple l’arrêt *Evans* où l’élément de preuve en litige était un aveu de l’accusé sous forme de preuve par oui-dire. Même si, dans *Evans*, la Cour n’était pas appelée à se prononcer sur l’admissibilité en preuve d’une déclaration faite par un accusé spécifiquement à une personne en situation d’autorité, comme l’a souligné le juge Fish au par. 60 de ses motifs, il s’agissait d’une déclaration incriminante, faite par l’accusé, qui était cruciale pour sa déclaration de culpabilité.

[82] Le juge Fish ne cite aucune cause où la norme de preuve hors de tout doute raisonnable aurait été appliquée aux conditions d’admissibilité prévues par une loi. Toutefois, de nombreuses décisions portent sur les conditions d’admissibilité de la preuve établies par la *common law*. Dans ces causes, la Cour (ainsi que d’autres cours) a systématiquement exigé que le respect de ces conditions soit établi selon la prépondérance des probabilités. Aucune distinction logique entre les conditions préalables fixées par la *common law* et celles fixées par une loi ne justifierait qu’on leur applique des normes de preuve différentes. Qu’elles émanent de la loi ou de la *common law*, les deux types de conditions préalables sont des conditions d’admissibilité de la preuve et elles sont soumises à la même norme de preuve, à savoir celle de la prépondérance des probabilités.

[83] Le juge Fish cite l’arrêt *Arp* à l’appui de sa conclusion qu’il « est clair que la déclaration que l’appelant a faite à la police est visée par cette exception reconnue [d’un cas exigeant une preuve hors de tout doute raisonnable] » (motifs du juge

be interpreting the reasons of Cory J. in *Arp* as suggesting that the confessions rule should no longer be the only occasion requiring proof beyond a reasonable doubt. Cory J. did use the words “in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt” (*Arp*, at para. 71). However, I think it would be wrong to interpret this non-specific and narrow phrase reference as opening the door to a broad new category of exceptions to the common law standard of proof with respect to preliminary questions of fact. Such an interpretation would not adhere to the consistent jurisprudence of this Court that, beyond the confessions rule, *there has never been a case where proof beyond a reasonable doubt has been found to be required as a precondition to admission of evidence.*

[84] Because the common law standard of proof with respect to preliminary questions of fact governing the use of evidence is one of balance of probabilities, I cannot agree with Fish J. that proof beyond a reasonable doubt applied throughout s. 146 is the standard most consistent with the common law in relation to the informational and waiver requirements of s. 146(2)(b) and (4) (Fish J.’s reasons, at para. 32).

(2) *Evidentiary Approach to Matters Preliminary to the Question of Voluntariness*

[85] As discussed above, the informational and waiver requirements are examined on a preliminary basis when determining whether the statutory requirements of s. 146 *YCJA* have been complied with. Independent from that examination, the informational and waiver requirements are also relied on as part of a constellation of facts in assessing the voluntary nature of the statement.

Fish, par. 58). Il semble interpréter les motifs du juge Cory dans *Arp* comme indiquant que la règle des confessions ne doit plus constituer le seul cas exigeant une preuve hors de tout doute raisonnable. Le juge Cory a utilisé les mots « dans les cas, certes rares, où l’admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité » (*Arp*, par. 71). Je crois cependant que ce serait une erreur d’interpréter ce vague renvoi de portée très étroite comme ouvrant la voie à une nouvelle grande catégorie d’exceptions à la norme de preuve applicable selon la common law aux questions de fait préliminaires. Pareille interprétation s’écarterait de la jurisprudence constante de la Cour qui, hormis le cas de la règle des confessions, *ne comporte aucun précédent où la preuve hors de tout doute raisonnable a été jugée nécessaire à l’admissibilité en preuve.*

[84] Étant donné que la norme de preuve applicable selon la common law aux questions de fait préliminaires qui conditionnent l’utilisation d’un élément de preuve est celle de la preuve selon la prépondérance des probabilités, je ne puis être d’accord avec le juge Fish pour dire que l’application de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à tous les éléments de l’art. 146 est davantage compatible avec la common law en ce qui concerne l’obligation d’information et les conditions de renonciation établies à l’al. 146(2)(b) et au par. 146(4) (motifs du juge Fish, par. 32).

(2) *La preuve relative aux questions préliminaires concernant le caractère volontaire de la déclaration*

[85] Comme je l’ai mentionné plus tôt, l’obligation d’information et les conditions de renonciation font l’objet d’un examen préliminaire au moment où le tribunal vérifie si les conditions prescrites à l’art. 146 *LSJPA* ont été respectées. Indépendamment de cet examen, le respect de l’obligation d’information et des conditions de renonciation fait aussi partie de l’ensemble des faits qui sont pris en compte dans l’évaluation du caractère volontaire de la déclaration.

[86] Fish J. holds at para. 38:

... like the confessions rule, the informational requirements set out in s. 146(2)(b) are indeed meant to ensure the reliability of a statement. In particular, the requirements are aimed at preventing false confessions by young people ... and at ensuring that any statement given manifests the exercise of free will ... And, as with voluntariness, the Crown bears the onus of proving beyond a reasonable doubt that the statutory requirements have been met.

Fish J. seems to be inferring that simply because the informational and waiver requirements are concerned with some of the same issues as is the requirement of voluntariness, compliance by the person in authority with the informational and waiver requirements of s. 146(2)(b) and (4) should be subject to the standard of beyond a reasonable doubt as it would apply to the ultimate issue of the voluntary nature of the statement.

[87] I cannot agree with this proposition. Fish J. is collapsing the two distinct and separate uses that are to be made of the informational and waiver requirements, on the one hand, at the preliminary stage as statutory preconditions to admissibility, and, on the other hand, when relied on to determine the voluntary nature of the statement. With respect to the use made of the informational and waiver requirements when determining the voluntary nature of the statement, it is well established that the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is to be applied only to the ultimate issue and not to the weighing of individual pieces of evidence that go to that ultimate determination (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at pp. 354-60, *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748, at pp. 759-61, and *White*, at para. 42).

[88] Findings relating to the voluntary nature of a confession, like those relating to guilt, should not be broken down in relation to individual pieces or categories of evidence (*Stewart*, at pp. 759-61; *Morin*, at pp. 354-60; *White*, at para. 42). In *Morin*, Sopinka J., writing for the majority, stated at p. 359:

[86] Le juge Fish affirme, au par. 38 :

... tout comme la règle des confessions, l'obligation d'information établie à l'al. 146(2)b) vise à garantir la fiabilité d'une déclaration. Elle a notamment pour but de prévenir les fausses confessions de la part d'adolescents [...] et de garantir que toute déclaration résulte de l'exercice du libre arbitre de son auteur [...] Et comme dans le cas du caractère volontaire, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les conditions fixées par la loi ont été remplies.

Le juge Fish semble inférer que, du simple fait que certaines questions liées à l'obligation d'information et aux conditions de renonciation soient aussi liées au caractère volontaire de la déclaration, le respect, par la personne en situation d'autorité, de l'obligation d'information et des conditions de renonciation prescrites par l'al. 146(2)b) et le par. 146(4) devrait être assujéti à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable, telle qu'elle s'appliquerait à la question ultime du caractère volontaire de la déclaration.

[87] Je ne puis souscrire à ce point de vue. Le juge Fish décloisonne les deux fins distinctes auxquelles sert la preuve du respect de l'obligation d'information et des conditions de renonciation, d'une part, à l'étape préliminaire, comme conditions préalables à l'admissibilité prévues par la *LSJPA* et, d'autre part, comme indication du caractère volontaire de la déclaration. En ce qui a trait à l'évaluation du caractère volontaire de la déclaration, il est bien établi que la norme en matière criminelle, c'est-à-dire, celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, ne s'applique qu'à la question ultime du caractère volontaire, et non à l'appréciation de chacun des éléments de preuve individuels qui étayeront la décision sur cette question (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 354-360, *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748, p. 759-761, et *White*, par. 42).

[88] Au même titre que les conclusions sur la culpabilité, les conclusions sur le caractère volontaire d'un aveu ne doivent pas être décomposées en fonction de chaque élément ou catégorie de preuve (*Stewart*, p. 759-761; *Morin*, p. 354-360; *White*, par. 42). Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, s'est exprimé ainsi, à la p. 359 :



The authorities reviewed above are clear that the jury is not to examine the evidence piecemeal by reference to the criminal standard. Otherwise, there is virtually no guidance in previous cases as to what legal rules, if any, apply to the process of weighing the evidence. Attempts to formulate such rules have been frowned upon.

All individual items of evidence take on their full significance and probative value only in the context of the other evidence in the case. The significance of each item of evidence is necessarily shaped by the others.

[89] As a result, it is the voluntariness of the statement itself which must be established beyond a reasonable doubt, not the individual facts upon which this conclusion is based. The Crown may rely on a constellation of facts in order to prove voluntariness. As noted in *Boudreau*, at p. 267, quoted with approval in *Singh*, at para. 31: “All the surrounding circumstances must be investigated and, if upon their review the Court is not satisfied of the voluntary nature of the admission, the statement will be rejected.” To be relied upon as proof of voluntariness, the Crown need not prove each underlying fact beyond a reasonable doubt as a prerequisite to a finding of voluntariness itself.

[90] This Court has stated common circumstances that can vitiate the voluntariness of a confession: threats or promises, oppression, lack of operating mind and other police trickery (*Oickle*, at paras. 47-71). Evidence of compliance with the informational and waiver requirements are two factors which are to be considered and weighed by the judge, together with other relevant factors, in deciding whether the statement was made voluntarily. Evaluated in a piecemeal fashion, they may not allow a judge to conclude whether the statement was voluntary. However, in conjunction with all the other relevant circumstances, they may assist

Suivant la jurisprudence mentionnée précédemment, il est clair que le jury ne doit pas examiner la preuve élément par élément en regard de la norme en matière criminelle. Par ailleurs, la jurisprudence antérieure ne contient à peu près aucune indication quant aux règles de droit, s’il en est, qui s’appliquent à l’appréciation de la preuve. Les tentatives de formulation de ces règles ont été mal vues.

Ce n’est que dans le contexte de l’ensemble de la preuve que ressortent la portée réelle et la valeur probante de chaque élément de preuve. L’importance de chacun dépend nécessairement des autres.

[89] Par conséquent, il faut faire la preuve hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire de la déclaration proprement dite et non des faits individuels sur lesquels repose la conclusion concernant cette question. Le ministère public peut s’appuyer sur une multitude de faits pour démontrer le caractère volontaire de la déclaration. Au paragraphe 31 de l’arrêt *Singh*, la Cour a cité en l’approuvant l’arrêt *Boudreau* (p. 267) : [TRADUCTION] « La Cour doit examiner toutes les circonstances ayant entouré une déclaration et si, après cet examen, elle n’est pas convaincue du caractère volontaire de l’aveu qu’elle constitue, la déclaration sera rejetée. » Pour obtenir une conclusion favorable sur le caractère volontaire de la déclaration, le ministère public n’est pas tenu de faire la preuve hors de tout doute raisonnable de chacun des faits sur lesquels il s’appuie pour en démontrer le caractère volontaire.

[90] La Cour a énuméré des circonstances courantes qui sont susceptibles de vicier le caractère volontaire d’une confession : menaces ou promesses, oppression, absence d’un état d’esprit conscient et autres ruses policières (*Oickle*, par. 47-71). Le respect de l’obligation d’information et l’observation des conditions de renonciation ne constituent que deux des facteurs pertinents que le juge doit prendre en compte et apprécier pour déterminer si la déclaration était volontaire. Examinés isolément, ces éléments ne permettraient peut-être pas au juge de tirer une conclusion sur le caractère volontaire de la déclaration. En revanche, s’ils sont examinés

in determining whether a reasonable doubt exists with respect to the voluntariness of the statement.

[91] Accordingly, even though compliance with the informational and waiver requirements are factors considered in determining the voluntary nature of the statement, that does not have the effect of modifying the evidentiary threshold required by criminal law — namely, that all the evidence, *when considered together*, must give rise to proof beyond a reasonable doubt. However, the enquiry as to compliance with the statutory preliminary matters in s. 146(2)(b) and (4) is separate and is to be decided, as other preliminary matters, on a standard of proof on a balance of probabilities.

(3) *Object and Scheme of Section 146 YCJA*

[92] Fish J. says that proof beyond a reasonable doubt of the informational and waiver requirements is the standard most compatible with the object and scheme of s. 146 read as a whole (Fish J.'s reasons, at para. 6). I am unable to agree.

[93] I do agree that Parliament specifically sought to endow young persons with enhanced procedural protections in the form of the statutorily based protections in s. 146 in recognition of the presumption of reduced moral sophistication and maturity of young persons. Parliament did not say, however, that the standard of proof for compliance with the informational and waiver requirements is beyond a reasonable doubt. To the contrary, Parliament stated in s. 146(1) *YCJA* that the common law rule relating to the admissibility of evidence is to apply — namely, that all preliminary findings of fact relating to the use of evidence, other than voluntariness, must be determined on the balance of probabilities.

[94] The requirements of s. 146 are substantially broader than those under the *Canadian Charter*

conjointement avec les autres circonstances pertinentes, ils peuvent aider à déterminer s'il existe un doute raisonnable relativement au caractère volontaire de la déclaration.

[91] Ainsi, même si le respect de l'obligation d'information et des conditions de renonciation figure au nombre des facteurs pris en considération dans l'examen du caractère volontaire de la déclaration, cela ne modifie en rien la norme de preuve requise en matière criminelle — c'est-à-dire que l'ensemble des éléments de preuve, *considérés globalement*, doivent constituer une preuve hors de tout doute raisonnable. Toutefois, l'observation des conditions préliminaires établies à l'al. 146(2)b) et au par. 146(4) constitue une question distincte qui doit être tranchée, comme les autres questions préliminaires, selon la prépondérance des probabilités.

(3) *L'objet et l'économie de l'art. 146 LSJPA*

[92] Selon le juge Fish, la preuve hors de tout doute raisonnable du respect de l'obligation d'information et des conditions de renonciation est la norme la plus compatible avec l'objet et l'économie de l'art. 146, considéré globalement (motifs du juge Fish, par. 6). Je ne suis pas d'accord.

[93] Je reconnais que le législateur a édicté les protections légales figurant à l'art. 146 dans le but précis d'accorder aux adolescents des garanties procédurales supplémentaires, compte tenu de leur degré présumé de discernement moral et de maturité qui serait moins élevé que celui des adultes. Le législateur n'a toutefois pas précisé que la norme applicable à l'observation de l'obligation d'information et des conditions de renonciation est celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. Au contraire, il a confirmé, au par. 146(1) *LSJPA*, que la règle de common law régissant l'admissibilité des éléments de preuve s'applique — c'est-à-dire que toutes les conclusions de fait préliminaires qui conditionnent l'utilisation d'un élément de preuve, sauf celle relative au caractère volontaire, sont assujetties à la norme de la prépondérance des probabilités.

[94] Les exigences de l'art. 146 ont une portée beaucoup plus vaste que celles établies par la *Charte*

*of Rights and Freedoms*. A young person must be advised of the right to silence and warned of the potential use of any statement against him or her, as well as of the right to consult with counsel and a parent and to have those persons present while a statement is made (s. 146(2)(b) *YCJA*). If any of these requirements are not satisfied, the statement will automatically be inadmissible (s. 146(2) *YCJA*). In contrast, an adult only has to be informed of the reason for arrest and the right to retain counsel (s. 10(a) and (b) of the *Charter*). Police may question an adult who has retained counsel in the absence of that legal adviser, unless the accused asks for counsel to be present. “Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence” (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 184, and quoted with approval in *Singh*, at para. 46). In the case of young persons, however, any statement made by the young person is required to be made in the presence of counsel and any other person requested by the young person, unless the young person desires otherwise (s. 146(2)(b)(iv) *YCJA*).

[95] It is by affording young persons the additional protections expressed in s. 146 *YCJA* that Parliament satisfied its objective of recognizing the reduced sophistication and maturity of young persons. There is nothing in the words of s. 146 that expresses or implies a standard of proof of beyond a reasonable doubt for preliminary determinations of fact. To the contrary, s. 146 explicitly incorporates the applicable common law standard of proof with respect to the admissibility of evidence, namely, proof on a balance of probabilities for preliminary findings of fact.

#### (4) *Waiver Requirement*

[96] With respect to the waiver requirement, Fish J. says that since the Court has repeatedly indicated that the standard required for a valid waiver of the *Charter* right to counsel under s. 10(b) is high, it must follow that the standard of proof for a valid waiver under s. 146(4) *YCJA* is “very high” and

*canadienne des droits et libertés*. L'adolescent doit être informé de son droit de garder le silence, de la possibilité que toute déclaration de sa part serve de preuve contre lui ainsi que de son droit de consulter un avocat et ses père ou mère et de ne faire une déclaration qu'en leur présence (al. 146(2)(b) *LSJPA*). Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, la déclaration de l'adolescent n'est tout simplement pas admissible en preuve (par. 146(2) *LSJPA*). Par contre, l'adulte doit uniquement être informé du motif de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat (al. 10a) et b) de la *Charte*). Les policiers peuvent interroger un adulte en l'absence de son avocat, sauf si l'accusé exige sa présence. « La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence » (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 184, arrêt que la Cour a cité en l'approuvant dans *Singh*, par. 46). En revanche, la déclaration d'un adolescent ne peut être recueillie qu'en présence de son avocat et de toute autre personne qu'il a consultée, sauf si l'adolescent en décide autrement (sous-al. 146(2)(b)(iv) *LSJPA*).

[95] Le législateur a manifesté sa volonté de reconnaître le degré moins élevé de discernement et la moins grande maturité des adolescents en leur accordant les mesures de protection supplémentaires édictées à l'art. 146 *LSJPA*. Il n'y a aucune indication même implicite dans le libellé de l'art. 146 qui permette de conclure que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'applique aux conclusions de fait préliminaires. Au contraire, l'art. 146 incorpore expressément la norme de la common law concernant l'admissibilité de la preuve, c'est-à-dire la norme de la prépondérance des probabilités, qui s'applique aux conclusions de fait préliminaires.

#### (4) *Conditions de validité d'une renonciation*

[96] Au sujet de la renonciation, le juge Fish souligne que notre Cour a réaffirmé à maintes reprises que la validité de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* est assujettie à une norme stricte. Il en déduit que la norme de preuve applicable à la renonciation

therefore one of proof beyond a reasonable doubt (Fish J.'s reasons, at para. 41).

[97] In the context of waivers of *Charter*-based rights, there is no authority that equates the term “high” with a standard of proof beyond a reasonable doubt. Rather, reference to a high standard refers to the requirement of clarity of the explanation of the rights being waived, not to a high burden of proof. As stated by Lamer J. (as he then was) in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, the validity of a waiver of a procedural right for the holder's benefit, including a *Charter* right, “is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect” (emphasis deleted). See also *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95. The use of the term “high” and “clear and unequivocal” does not however mean proof beyond a reasonable doubt.

[98] Further, in the context of waiver of a *Charter* right, the well-established standard is proof on a balance of probabilities (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1229, and *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 998. See also: *R. v. Wills* (1992), 70 C.C.C. (3d) 529 (Ont. C.A.), at p. 546, and *R. v. Young* (1997), 116 C.C.C. (3d) 350 (Ont. C.A.), at para. 11). While these cases considered *Charter* rights other than the right to counsel, it follows that the same standard would apply to waiver of the right to counsel. To hold otherwise would create a hierarchy of *Charter* rights contrary to the principle established by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. See also: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 100, *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 51, and *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at para. 126. Further, there is also jurisprudence directly recognizing that the standard applicable for waiver of the right to counsel is one of balance

prévue au par. 146(4) *LSJPA* doit nécessairement être « très stricte » et qu'il s'agit, par conséquent, de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable (motifs du juge Fish, par. 41).

[97] Dans le contexte de la renonciation à un droit garanti par la *Charte*, aucune source n'assimile une norme « stricte » à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. En fait, la mention d'une norme stricte renvoie à la nécessité de fournir une explication claire des droits auxquels la personne renonce et non à une norme de preuve stricte. Comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l'a indiqué dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, p. 49, pour que la renonciation à un droit procédural, y compris à un droit garanti par la *Charte*, soit valide, « il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger » (soulignement omis). Voir aussi *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, p. 394-395. Les termes « stricte » et « bien clair » ne commandent toutefois pas l'application de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable.

[98] Qui plus est, dans le cas de la renonciation à un droit garanti par la *Charte*, il est bien établi que la norme applicable est celle de la prépondérance des probabilités (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1229, et *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, p. 998. Voir aussi : *R. c. Wills* (1992), 70 C.C.C. (3d) 529 (C.A. Ont.), p. 546, et *R. c. Young* (1997), 116 C.C.C. (3d) 350 (C.A. Ont.), par. 11). Même si ces arrêts ne portent pas sur le droit à l'assistance d'un avocat, mais sur d'autres droits garantis par la *Charte*, il s'ensuit que la même norme s'appliquerait à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Une conclusion contraire créerait une hiérarchie des droits garantis par la *Charte*, ce qui irait à l'encontre du principe établi par notre Cour dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877. Voir aussi : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 100, *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 51, et *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 126. De plus, il a déjà été directement reconnu,

of probabilities: *R. v. Hamelin* (2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742, at paras. 69-72.

### (5) *Consistency With Common Law*

[99] Finally, Fish J. states that “[a]dopting a single standard of proof for compliance with each component of s. 146 offers significant advantages over a fragmented approach. It is consistent, moreover, with the relevant principles of statutory interpretation — in particular, the presumption that legislation is internally consistent and coherent” (para. 47). Although this approach might seem at first glance to promote consistency, it in fact generates inconsistency in the law applicable to the admissibility of evidence as it now stands in Canada. As I have endeavoured to show, the common law standard of proof, with respect to preliminary questions pertaining to the admissibility of evidence, is proof on the balance of probabilities. Imposing a reasonable doubt standard in s. 146(2)(b) and (4) would create an inconsistency between these provisions and all other common law preconditions relating to the admissibility of evidence. This would be contrary to s. 146(1) in view of the express direction in s. 146(1) that the common law relating to the admissibility of statements applies to the informational and waiver requirements. This Court ought not read in a statutory requirement that Parliament did not include and that is inconsistent with the necessary implication of other terms Parliament did use.

### III. Disposition

[100] For these reasons, I am of the view that the standard of proof for compliance with the informational and waiver requirements in s. 146 is proof on a balance of probabilities.

[101] I agree with Fish J. that the issue of whether a detained youth has received a clear explanation of

dans la jurisprudence, que la norme applicable à la renonciation à l’assistance d’un avocat est celle de la prépondérance des probabilités : *R. c. Hamelin* (2001), 297 A.R. 201, 2001 ABQB 742, par. 69-72.

### (5) *Cohérence avec les règles de common law*

[99] Enfin, le juge Fish déclare que « [l]’adoption d’une seule et même norme de preuve pour juger du respect de chacun des éléments de l’art. 146 présente des avantages importants par rapport à une approche fragmentée. En outre, elle est compatible avec les principes d’interprétation législative pertinents — en particulier la présomption de cohérence interne des textes de lois » (par. 47). Bien qu’elle semble à première vue favoriser la cohérence, cette démarche crée en fait une incohérence dans les règles de droit qui régissent actuellement l’admissibilité de la preuve au Canada. Je me suis attaché à démontrer que la norme de common law applicable aux questions préliminaires qui conditionnent l’admissibilité de la preuve est celle de la prépondérance des probabilités. Appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable relativement à l’al. 146(2)b) et au par. 146(4) créerait des incohérences entre ces dispositions et toutes les autres conditions préalables d’admissibilité de la preuve issues de la common law. Ce résultat irait à l’encontre du par. 146(1), où il est clairement indiqué que les règles de la common law concernant l’admissibilité des déclarations s’appliquent à l’obligation d’information et aux conditions de renonciation. Notre Cour ne doit pas retenir une interprétation qui imposerait implicitement une condition que le législateur n’a pas édictée et qui serait incompatible avec les inférences qui découlent nécessairement des autres termes utilisés par le législateur.

### III. Dispositif

[100] Pour ces motifs, j’estime que c’est la norme de la prépondérance des probabilités qu’il faut appliquer pour déterminer si l’obligation d’information et les conditions de renonciation énoncées à l’art. 146 ont été remplies.

[101] Comme le juge Fish, je crois que la question de savoir si l’adolescent détenu a obtenu une

his rights pursuant to s. 146(2)(b) *YCJA* and whether he has waived those rights in accordance with s. 146(4) are questions of fact. If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then its finding should only be overturned for “some palpable and overriding error which affected [the trial judge’s] assessment of the facts”: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (emphasis deleted) (quoting *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808).

[102] In the present case, the trial judge expressed “grave concerns” about whether L.T.H. understood his rights. Having accepted evidence of a learning disability, she stated that “[o]ther than an affirmative reply to the questions ‘do you understand?’ there is no other evidence that in fact [L.T.H.] fully and clearly understood his rights” and “[L.T.H.]’s comment, midway through the reading of the form, to the effect that he was not going to answer all of the questions being asked of him, leads me to wonder whether he really understood the importance of the questions being asked and the answers he was giving” (paras. 35 and 37). It would appear from her reasons that, even if she had properly applied a balance of probabilities standard to compliance by the police with s. 146, her findings of non-compliance would not have changed.

[103] Like Fish J., I would allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the acquittal.

## APPENDIX

*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1

**146.** (1) Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

explication claire des droits qui lui sont garantis par l’al. 146(2)(b) *LSJPA* et s’il y a renoncé en conformité avec le par. 146(4) sont des questions de fait. Si le juge du procès tient dûment compte de l’ensemble des circonstances pertinentes, ses conclusions ne devraient pas être modifiées « à moins qu’il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, p. 279 (soulignement omis) (citant *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808).

[102] En l’espèce, la juge du procès a exprimé de [TRADUCTION] « sérieux doutes » quant à savoir si L.T.H. comprenait bien ses droits. Ayant accepté la preuve d’un trouble d’apprentissage, elle a fait remarquer que, [TRADUCTION] « à l’exception des réponses affirmatives données par [L.T.H.] à la question “comprenez-vous?”, rien n’indique que [L.T.H.] a clairement compris ses droits » et que « le commentaire fait par [L.T.H.], après la lecture d’environ la moitié du formulaire, soit qu’il ne répondrait pas à toutes les questions qui lui étaient posées, m’amène à me demander s’il a réellement compris l’importance des questions qui lui étaient posées et des réponses qu’il donnait » (par. 35 et 37). Il semble ressortir des motifs de la juge du procès que, même si elle avait appliqué comme il se doit la norme de la prépondérance des probabilités à la question de savoir si la police a respecté les conditions énoncées à l’art. 146, elle serait arrivée aux mêmes conclusions.

[103] Comme le juge Fish, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance prévoyant la tenue d’un nouveau procès et de rétablir le verdict d’acquittal.

## ANNEXE

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1

**146.** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les règles de droit concernant l’admissibilité des déclarations faites par des personnes inculpées s’appliquent aux adolescents.

(2) No oral or written statement made by a young person who is less than eighteen years old, to a peace officer or to any other person who is, in law, a person in authority, on the arrest or detention of the young person or in circumstances where the peace officer or other person has reasonable grounds for believing that the young person has committed an offence is admissible against the young person unless

- (a) the statement was voluntary;
- (b) the person to whom the statement was made has, before the statement was made, clearly explained to the young person, in language appropriate to his or her age and understanding, that
  - (i) the young person is under no obligation to make a statement,
  - (ii) any statement made by the young person may be used as evidence in proceedings against him or her,
  - (iii) the young person has the right to consult counsel and a parent or other person in accordance with paragraph (c), and
  - (iv) any statement made by the young person is required to be made in the presence of counsel and any other person consulted in accordance with paragraph (c), if any, unless the young person desires otherwise;
- (c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult
  - (i) with counsel, and
  - (ii) with a parent or, in the absence of a parent, an adult relative or, in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person, as long as that person is not a co-accused, or under investigation, in respect of the same offence; and
- (d) if the young person consults a person in accordance with paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

(3) The requirements set out in paragraphs (2)(b) to (d) do not apply in respect of oral statements if they are made spontaneously by the young person to a peace officer or other person in authority before that person has had a reasonable opportunity to comply with those requirements.

(2) La déclaration orale ou écrite faite par l'adolescent de moins de dix-huit ans à un agent de la paix, ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, au moment de son arrestation ou de sa détention ou dans des circonstances où l'agent ou la personne a des motifs raisonnables de croire que l'adolescent a commis une infraction n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies :

- a) la déclaration est volontaire;
- b) la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension, que :
  - (i) il n'est obligé de faire aucune déclaration,
  - (ii) toute déclaration faite par lui pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui,
  - (iii) il a le droit de consulter son avocat et ses père ou mère ou une tierce personne conformément à l'alinéa c),
  - (iv) toute déclaration faite par lui doit l'être en présence de son avocat et de toute autre personne consultée conformément à l'alinéa c), le cas échéant, sauf s'il en décide autrement;
- c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, la possibilité de consulter :
  - (i) d'une part, son avocat,
  - (ii) d'autre part, soit son père ou sa mère soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi, sauf si la personne est coaccusée de l'adolescent ou fait l'objet d'une enquête à l'égard de l'infraction reprochée à l'adolescent;
- d) l'adolescent s'est vu donner, dans le cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

(3) Les conditions prévues aux alinéas (2)b) à d) ne s'appliquent pas aux déclarations orales spontanées faites par l'adolescent à un agent de la paix ou à une autre personne en autorité avant que l'agent ou cette personne n'ait eu la possibilité de se conformer aux dispositions de ces alinéas.

(4) A young person may waive the rights under paragraph (2)(c) or (d) but any such waiver

(a) must be recorded on video tape or audio tape; or

(b) must be in writing and contain a statement signed by the young person that he or she has been informed of the right being waived.

(5) When a waiver of rights under paragraph (2)(c) or (d) is not made in accordance with subsection (4) owing to a technical irregularity, the youth justice court may determine that the waiver is valid if it is satisfied that the young person was informed of his or her rights, and voluntarily waived them.

(6) When there has been a technical irregularity in complying with paragraphs (2)(b) to (d), the youth justice court may admit into evidence a statement referred to in subsection (2), if satisfied that the admission of the statement would not bring into disrepute the principle that young persons are entitled to enhanced procedural protection to ensure that they are treated fairly and their rights are protected.

(7) A youth justice court judge may rule inadmissible in any proceedings under this Act a statement made by the young person in respect of whom the proceedings are taken if the young person satisfies the judge that the statement was made under duress imposed by any person who is not, in law, a person in authority.

(8) A youth justice court judge may in any proceedings under this Act rule admissible any statement or waiver by a young person if, at the time of the making of the statement or waiver,

(a) the young person held himself or herself to be eighteen years old or older;

(b) the person to whom the statement or waiver was made conducted reasonable inquiries as to the age of the young person and had reasonable grounds for believing that the young person was eighteen years old or older; and

(c) in all other circumstances the statement or waiver would otherwise be admissible.

(9) For the purpose of this section, a person consulted under paragraph (2)(c) is, in the absence of evidence to the contrary, deemed not to be a person in authority.

(4) L'adolescent peut renoncer aux droits prévus aux alinéas (2)c) ou d); la renonciation doit soit être enregistrée sur bande audio ou vidéo, soit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par l'adolescent attestant qu'il a été informé des droits auxquels il renonce.

(5) Même si la renonciation aux droits prévus aux alinéas (2)c) ou d) n'a pas été faite en conformité avec le paragraphe (4) en raison d'irrégularités techniques, le tribunal pour adolescents peut conclure à la validité de la déclaration visée au paragraphe (2) s'il estime que l'adolescent a été informé de ces droits et qu'il y a renoncé volontairement.

(6) Le juge du tribunal pour adolescents peut admettre en preuve une déclaration faite par l'adolescent poursuivi — même dans le cas où l'observation des conditions visées aux alinéas (2)b) à d) est entachée d'irrégularités techniques —, s'il est convaincu que cela n'aura pas pour effet de déconsidérer le principe selon lequel les adolescents ont droit à la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits.

(7) Dans les poursuites intentées sous le régime de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents peut déclarer inadmissible une déclaration faite par l'adolescent poursuivi, si celui-ci l'a convaincu que la déclaration lui a été extorquée par contrainte exercée par une personne qui n'est pas en autorité selon la loi.

(8) Il peut également déclarer admissible toute déclaration ou renonciation de l'adolescent si, au moment où elle [est] faite, les conditions suivantes sont remplies :

a) l'adolescent prétendait avoir dix-huit ans ou plus;

b) la personne ayant reçu la déclaration ou la renonciation a pris des mesures raisonnables pour vérifier cet âge et avait des motifs raisonnables de croire que l'adolescent avait effectivement dix-huit ans ou plus;

c) en toutes autres circonstances, la déclaration ou la renonciation serait par ailleurs admissible.

(9) Pour l'application du présent article, l'adulte consulté en application de l'alinéa (2)c) est réputé, sauf preuve contraire, ne pas être une personne en autorité.



*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service, Halifax.*

*Solicitor for the intervener: Justice for Children and Youth, Toronto.*

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.*

*Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service, Halifax.*

*Procureur de l'intervenante : Justice for Children and Youth, Toronto.*

**M.T. Appellant**

v.

**J.-Y.T. Respondent****INDEXED AS: M.T. v. J.-Y.T.****Neutral citation: 2008 SCC 50.**

File No.: 31748.

2008: February 27; 2008: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Family law — Divorce — Family assets — Partition of family patrimony — Civil Code of Québec authorizing exception to rule of equal partition of value of spouses' family patrimony where equal partition would result in injustice considering, in particular, brevity of marriage, waste of certain property by one of spouses, or bad faith of one of them — Nature of "injustice" that justifies judge ordering unequal division of family patrimony — Whether exclusion of husband's pension credits from partition of patrimony is warranted — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 422.*

The parties, who had lived together since 1985, were married in 1992 under the regime of separation as to property. At that time, J had been a judge since 1988 and M, after taking intensive courses in office automation paid for by J, had been a public servant since 1986. When that job terminated in 1994, J also bore the cost of university studies pursued by M, who received a master's degree in technical and vocational education in 2002. The couple, who had no children, separated in 2004. M and J were 42 and 64 years old, respectively. At that time, M was preparing to begin doctoral studies. J paid her moving expenses and paid her \$38,000 in support during the first year of her doctorate. The parties initiated divorce proceedings in which J asked the court to order unequal partition of the family patrimony. He sought to exclude the benefits accrued under his judges' pension plan during the marriage from the mass of property to be included in the partition. The Superior Court rejected that request, but the Court of Appeal intervened, ordering that the benefits accrued under J's pension plan be excluded from the partition of

**M.T. Appelante**

c.

**J.-Y.T. Intimé****RÉPERTORIÉ : M.T. c. J.-Y.T.****Référence neutre : 2008 CSC 50.**

N° du greffe : 31748.

2008 : 27 février; 2008 : 25 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit de la famille — Divorce — Biens familiaux — Partage du patrimoine familial — Code civil du Québec permettant de déroger au principe du partage égal de la valeur du patrimoine familial des époux lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux — Quelle est la nature de l'« injustice » qui permet au juge d'ordonner le partage inégal du patrimoine familial? — L'exclusion des droits à pension du mari du patrimoine à partager est-elle justifiée? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 422.*

Les parties, qui faisaient vie commune depuis 1985, se marient en 1992 sous le régime de la séparation de biens. J est alors juge depuis 1988 et M travaille dans la fonction publique depuis 1986, après avoir suivi des cours intensifs de bureautique payés par J. Lorsque cet emploi prend fin en 1994, J assume aussi le coût des études universitaires de M, qui obtient une maîtrise en enseignement technique et professionnel en 2002. Le couple, qui n'a pas d'enfant, se sépare en 2004. M et J sont âgés respectivement de 42 et 64 ans. M se préparait alors à entreprendre des études de doctorat. J paye ses frais de déménagement et lui verse une pension alimentaire de 38 000 \$ au cours de sa première année de doctorat. Les parties engagent des procédures de divorce au cours desquelles J demande d'ordonner un partage inégal du patrimoine familial. Il veut exclure de la masse des biens à partager avec M les droits accumulés, durant le mariage, au titre de son régime de retraite des juges. La Cour supérieure rejette la demande, mais la Cour d'appel intervient et ordonne que les droits accumulés au titre du régime

the family patrimony on the basis that equal partition would result in an injustice.

*Held:* The appeal should be allowed.

The interpretive approach to be taken in applying art. 422 *C.C.Q.* must always be consistent with the objective of the family patrimony, that is, to create an economic union between the spouses. Such an approach will enable the court to determine what circumstances might result in an injustice within the meaning of art. 422. Those circumstances must be related to the success or failure of the economic partnership between the parties. It must be determined whether, by their actions or conduct during the marriage, the spouses defaulted on their fundamental obligation to contribute to forming and maintaining the family patrimony. Any causes of injustice that are ascribed to a spouse must, in a word, be in the nature of economic faults. [25] [28]

From this standpoint, the Court of Appeal's application of art. 422 *C.C.Q.* was inconsistent with the limits placed by the legislature on the courts' power to order unequal partition. First of all, the Court of Appeal erred in its assessment of the facts in considering J's first marriage, since nothing in the record suggests that the first marriage had the slightest impact on the parties' life together or on J's financial circumstances during or at the time of dissolution of his second marriage. Furthermore, the unequal nature of the parties' contributions to the family patrimony does not represent a cause of injustice for the purposes of this case. Rather, it was a foreseeable consequence of the marriage. There is no evidence of economic fault or injustice on M's part. As the parties had agreed, she studied and worked, often part-time or in unstable or temporary jobs. Her activities in the home were also continual, and her income went to a large part — to the extent of her ability to pay — toward their life together. Finally, the age difference between the parties and the fact that J was only a few years from the mandatory retirement age did not result in injustice either. The parties must have accepted this situation at the start of their union. M did nothing that would have adversely affected the integrity of the family patrimony, and her age cannot be held against her as a ground for refusing to apply the law. [29-32]

#### Cases Cited

**Referred to:** *Stein v. Stein*, [2008] 2 S.C.R. 263, 2008 SCC 35; *Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q.

de retraite de J soient exclus du partage du patrimoine familial puisqu'un partage égal constituerait une injustice.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

L'approche interprétative nécessaire à l'application de l'art. 422 *C.c.Q.* doit toujours prendre en compte la nature de l'objectif du patrimoine familial, soit la création d'une union économique entre les conjoints. Cette méthode permet de déterminer la nature des circonstances susceptibles de provoquer une injustice au sens de l'art. 422. Ces circonstances doivent se relier à la réalisation ou à l'échec de l'association économique entre les parties. Il faut déterminer si, par leurs actes ou leur comportement durant le mariage, les conjoints ont violé leur obligation fondamentale de contribuer à la formation et au maintien du patrimoine familial. Les causes d'injustice imputées à un conjoint doivent présenter en quelque sorte, le caractère d'une faute économique. [25] [28]

Dans cette perspective, l'application de l'art. 422 *C.c.Q.* par la Cour d'appel ne respectait pas les limites imposées par le législateur au pouvoir judiciaire d'ordonner un partage inégal. Tout d'abord, la Cour d'appel a commis une erreur dans l'appréciation des faits en prenant en considération le premier mariage de J puisque rien dans le dossier n'indique que ce mariage ait eu le moindre impact sur la vie des parties et sur la situation financière de J au cours de son second mariage ou à la dissolution de celui-ci. De plus, l'inégalité des contributions des parties au patrimoine familial ne représente pas une cause d'injustice admissible dans le contexte de ce dossier. Il s'agit plutôt d'une conséquence prévisible du mariage. La preuve ne démontre aucune faute économique ou injustice de la part de M. Comme les parties en avaient convenu, elle a étudié et travaillé, souvent à temps partiel ou dans des emplois précaires ou temporaires. Son activité à l'intérieur du foyer a été constante et ses revenus ont été en bonne partie employés pour la vie commune dans la mesure de ses moyens. Enfin, la différence d'âge entre les parties et le fait que J se trouvait à quelques années seulement de l'âge de la retraite obligatoire ne sont pas non plus cause d'injustice en l'espèce. Cette situation était nécessairement acceptée par les parties dès le début de leur union. M n'a commis aucun acte de nature à porter atteinte à l'intégrité du patrimoine familial, et on ne saurait lui faire grief de son âge pour refuser d'appliquer la loi. [29-32]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Stein c. Stein*, [2008] 2 R.C.S. 263, 2008 CSC 35; *Droit de la famille — 1893*, [1993]

2806; *Droit de la famille* — 2659, J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439; *Droit de la famille* — 1395, [1993] R.J.Q. 1659; *Droit de la famille* — 1511, J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138; *Droit de la famille* — 1907, J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103; *Droit de la famille* — 1953, J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386; *M.G. v. A.B.*, J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166, aff'g [2001] R.D.F. 556; *L.C. v. P.P.*, [2005] Q.J. No. 6555 (QL), 2005 QCCA 515.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses*, S.Q. 1989, c. 55, s. 42.

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, ss. 396, 414 et seq., 415, 416, 422, 423, 427, 431, 432.

### Authors Cited

Brisson, Jean-Maurice, and Nicholas Kasirer. "The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat: from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991", in DeLloyd J. Guth and W. Wesley Pue, eds., *Canada's Legal Inheritances*. Winnipeg: Canadian Legal History Project, 2001, 406.

Burman, Danielle, et Jean Pineau. *Le "patrimoine familial" (projet de loi 146)*. Montréal: Thémis, 1991.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Kasirer, Nicholas. "Couvrez cette communauté que je ne saurais voir: Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony" (1994), 25 *R.G.D.* 569.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal: Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morissette and Hilton JJ.A.), [2006] R.D.F. 703, [2006] Q.J. No. 12193 (QL), 2006 CarswellQue 9001, 2006 QCCA 1353 (*sub nom. Y v. X*), reversing in part a decision of Fournier J., [2006] R.D.F. 407, SOQUIJ AZ-50359107, [2006] Q.J. No. 1840 (QL), 2006 CarswellQue 1878, 2006 QCCS 1138. Appeal allowed.

*Danielle Houle, Michèle Gérin and Marjolaine Gaudet*, for the appellant.

*Sonia Bérubé and Annie Tremblay*, for the respondent.

R.J.Q. 2806; *Droit de la famille* — 2659, J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439; *Droit de la famille* — 1395, [1993] R.J.Q. 1659; *Droit de la famille* — 1511, J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138; *Droit de la famille* — 1907, J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103; *Droit de la famille* — 1953, J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386; *M.G. c. A.B.*, J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166, conf. [2001] R.D.F. 556; *L.C. c. P.P.*, [2005] J.Q. n° 6555 (QL), 2005 QCCA 515.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 396, 414 et suiv., 415, 416, 422, 423, 427, 431, 432.

*Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55, art. 42.

### Doctrine citée

Brisson, Jean-Maurice, and Nicholas Kasirer. « The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat : from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991 », in DeLloyd J. Guth and W. Wesley Pue, eds., *Canada's Legal Inheritances*. Winnipeg : Canadian Legal History Project, 2001, 406.

Burman, Danielle, et Jean Pineau. *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*. Montréal : Thémis, 1991.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Kasirer, Nicholas. « *Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony* » (1994), 25 *R.G.D.* 569.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal : Thémis, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morissette et Hilton), [2006] R.D.F. 703, [2006] J.Q. n° 12193 (QL), 2006 CarswellQue 9001, 2006 QCCA 1353 (*sub nom. Y c. X*), qui a infirmé en partie une décision du juge Fournier, [2006] R.D.F. 407, SOQUIJ AZ-50359107, [2006] J.Q. n° 1840 (QL), 2006 CarswellQue 1878, 2006 QCCS 1138. Pourvoi accueilli.

*Danielle Houle, Michèle Gérin et Marjolaine Gaudet*, pour l'appelante.

*Sonia Bérubé et Annie Tremblay*, pour l'intimé.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

[1] At issue in this appeal is unequal partition of a family patrimony established pursuant to arts. 414 *et seq.* of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”). Although the respondent (“J.-Y.T.”) does not deny that his pension plan is part of the family patrimony, he successfully argued on appeal that the value of the benefits accrued under his pension plan during his marriage should be excluded from the property to be included in the partition upon his divorce from the appellant (“M.T.”). For the reasons that follow, I conclude that sufficient grounds for unequal partition of the family patrimony did not exist and that the pension plan should have been included in the partition. I would therefore allow the appeal and restore the conclusions in the judgment of the Quebec Superior Court.

### II. Origin of the Case

[2] The parties, who had lived together since 1985, were married in 1992 under the regime of separation as to property. At that time, J.-Y.T. was divorced from his first wife. For M.T., it was her first marriage. The respondent had been a judge of the Court of Québec since 1988. The appellant, after taking intensive courses in office automation paid for by the respondent, had been working in a department of the Quebec government since 1986.

[3] After that job terminated in 1994, the respondent also bore the cost of university studies pursued by his wife, who received a master’s degree in technical and vocational education in 2002. The couple had no children. Their relationship broke down in 2004. At that time, the appellant was preparing to begin doctoral studies in another city. The respondent paid her moving expenses and paid her \$38,000 in support during the first year of her doctorate. At the time of the separation, the respondent, who was still a judge of the Court of Québec, was 64 years old and M.T. was 42.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

[1] Le pourvoi pose le problème du partage inégal du patrimoine familial établi sous le régime des art. 414 et suiv. du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). Sans nier que son régime de retraite fasse partie des biens compris dans le patrimoine familial, l’intimé (« J.-Y.T. ») a obtenu en appel que la valeur des droits accumulés durant son mariage au titre de son régime de retraite soit exclue des biens à partager à la suite de son divorce avec l’appelante (« M.T. »). Pour les motifs qui suivent, je conclus qu’il n’existait pas de motifs suffisants pour justifier un partage inégal du patrimoine familial et que le régime de retraite devait être partagé. J’accueillerais donc le pourvoi et je rétablirais les conclusions du jugement de la Cour supérieure du Québec.

### II. Origine du litige

[2] Les parties, qui faisaient vie commune depuis 1985, se marièrent en 1992 sous le régime de la séparation de biens. J.-Y.T. était alors divorcé de sa première épouse. Pour M.T., il s’agissait d’un premier mariage. L’intimé était juge à la Cour du Québec depuis 1988. L’appelante travaillait dans un ministère du gouvernement du Québec depuis 1986, après avoir suivi des cours intensifs de bureautique payés par l’intimé.

[3] Après la fin de cet emploi en 1994, l’intimé assumait aussi le coût des études universitaires de son épouse, qui obtint une maîtrise en enseignement technique et professionnel en 2002. Le couple n’eut pas d’enfant. Leur union se rompit en 2004. L’appelante se préparait alors à entreprendre des études de doctorat dans une autre ville. L’intimé payait ses frais de déménagement et lui versa une pension alimentaire de 38 000 \$ au cours de sa première année de doctorat. Lors de la rupture, l’intimé, toujours juge à la Cour du Québec, était âgé de 64 ans et M.T. avait 42 ans.

[4] After the separation, the parties, who disagreed on a number of patrimony-related issues, initiated divorce proceedings. The main issue in the proceedings concerned the pension credits of the respondent, who was a participant in the pension plan for judges of the Court of Québec. He asked the Superior Court to order unequal partition of the family patrimony by excluding his pension credits from the partition. The appellant sought equal partition. The parties disagreed on other points, but the respondent's pension plan is the only one still in issue in this Court.

### III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court* ([2006] Q.J. No. 1840 (QL), 2006 QCCS 1138)

[5] The judgment of the Superior Court disposed of a number of issues between the parties that we need not revisit here. Thus, Fournier J. effected partition of the movable property in the family patrimony and denied M.T. a lump sum payable as support, but granted her a provision for costs.

[6] In his judgment, the trial judge dealt primarily with the inclusion of J.-Y.T.'s pension credits in the partition. The respondent sought unequal partition of the family patrimony, which would have excluded the benefits accrued under his pension plan during the marriage from the mass of property to be included in the partition. In support of his request, the respondent pointed out that this was his second marriage, that there was a significant age difference — of over 20 years — between him and his wife, that his wife was independent and employable, and that she would be able to build a pension fund for herself by the time she reached retirement age. He added that if his pension credits were to be included, he would have to postpone his retirement in order to rebuild his retirement income. Furthermore, all the property in the family patrimony had been accumulated through his effort alone. Equal partition would therefore result in an injustice, and for that reason, J.-Y.T. argued, the Superior Court should order unequal partition by excluding his pension credits pursuant to art. 422 C.C.Q.

[4] À la suite de leur séparation, en désaccord sur diverses questions patrimoniales, les parties engagent des procédures de divorce. Le sujet principal de leur conflit était la question des droits à pension de l'intimé, qui participait au régime de retraite des juges de la Cour du Québec. Il demanda à la Cour supérieure d'ordonner un partage inégal du patrimoine familial, en excluant ses droits à pension du partage. L'appelante réclama un partage égal. Les parties s'affrontèrent sur d'autres problèmes, mais la question du régime de retraite de l'intimé demeure seule en débat devant notre Cour.

### III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec* ([2006] J.Q. n° 1840 (QL), 2006 QCCS 1138)

[5] Le jugement de la Cour supérieure a réglé un certain nombre de problèmes entre les parties sur lesquels nous n'avons pas à revenir. Ainsi, le juge Fournier a partagé les meubles du patrimoine familial, a refusé à M.T. une somme forfaitaire de nature alimentaire, mais lui a accordé une provision pour frais.

[6] Le jugement de première instance a porté principalement sur le partage des droits à pension de J.-Y.T. L'intimé réclamait un partage inégal du patrimoine familial, qui aurait exclu de la masse des biens à partager avec son épouse les droits accumulés au titre de son régime de retraite durant le mariage. Au soutien de sa demande, l'intimé plaidait que son union était son second mariage, qu'il existait une différence d'âge importante — de plus de vingt ans — entre lui et son épouse, que celle-ci était autonome et employable et qu'elle pourrait se constituer un fonds de pension d'ici à ce qu'elle atteigne l'âge de la retraite. Il ajoutait que s'il fallait que ses droits à pension soient partagés, il devrait différer sa retraite pour reconstituer son revenu de retraite. De plus, tous les biens compris dans le patrimoine familial avaient été accumulés grâce à ses seuls efforts. Un partage égal représenterait alors une injustice et, selon J.-Y.T., la Cour supérieure devait ordonner pour cette raison un partage inégal excluant ses droits à pension en vertu de l'art. 422 C.c.Q.

[7] Fournier J. rejected the request for unequal partition. In his opinion, the accumulated pension credits should be divided equally, in the manner provided for by law. The Superior Court held that the injustice J.-Y.T. was complaining of resulted from the law itself, and that the fact situation presented to it did not justify unequal partition. J.-Y.T. appealed that decision to the Quebec Court of Appeal.

B. *Quebec Court of Appeal, Baudouin, Morissette and Hilton J.J.A.* ([2006] R.D.F. 703, 2006 QCCA 1353)

[8] The Court of Appeal intervened, setting aside the Superior Court's judgment and ordering unequal partition of the family patrimony. According to the Court of Appeal, the trial judge had applied the rules governing the family patrimony improperly by focussing his analysis on the single factor of the conduct of the parties during the marriage.

[9] The Court of Appeal acknowledged that equal partition is the rule and that to justify an exception to that rule, an injustice cannot result solely from the operation of law. The court considered five factors to determine whether equal partition would result in an injustice within the meaning of art. 422 *C.c.Q.*

[10] The first factor was the fact that the parties had contributed unequally to household expenses and to the accumulation of the family patrimony. Although this factor is not determinative, the Court of Appeal found that it was present but that this was understandable in light of the difference between the parties' incomes. The court then considered the fact that there had been a first marriage. It also noted the age difference between the parties and stressed that serious consideration must be given to this factor, particularly where, as in the instant case, the difference is accentuated by the fact that one party is nearing retirement. The court also discussed the question of fault and negligence on the part of the spouses and concluded that the evidence did not show this factor to be present on either part. Finally, it reviewed each spouse's patrimony and noted that M.T. was still 23 years away from

[7] Le juge Fournier a rejeté la demande de partage inégal. À son avis, les droits à pension accumulés devaient être partagés également, selon les modalités prescrites par la loi. Selon la Cour supérieure, l'injustice dont se plaignait J.-Y.T. résultait de la loi elle-même, et la situation de fait portée à son attention ne justifiait pas un partage inégal. J.-Y.T. s'est alors pourvu devant la Cour d'appel du Québec.

B. *Cour d'appel du Québec, les juges Baudouin, Morissette et Hilton* ([2006] R.D.F. 703, 2006 QCCA 1353)

[8] La Cour d'appel est intervenue. Son arrêt a cassé le jugement de la Cour supérieure et ordonné un partage inégal du patrimoine familial. Elle a fait grief au premier juge d'avoir mal appliqué les règles relatives au patrimoine familial, en concentrant son analyse sur le seul facteur de la conduite des parties durant le mariage.

[9] Pour sa part, la Cour d'appel a reconnu que le partage égal constituait la règle de principe et que l'injustice justifiant une dérogation à cette norme ne saurait découler de la seule application de la loi. La Cour d'appel a examiné cinq facteurs pour déterminer si un partage égal représenterait une injustice au sens de l'art. 422 *C.c.Q.*

[10] Le premier facteur était la contribution inégale des parties aux charges du ménage et à la constitution du patrimoine familial. Quoique non déterminant, ce facteur était présent, selon la Cour d'appel, mais pouvait s'expliquer par la différence des revenus entre les parties. Ensuite, la Cour d'appel a pris en compte l'existence d'un premier mariage. Elle a noté par ailleurs la différence d'âge entre les parties et souligné que ce facteur doit être évalué sérieusement, en particulier, lorsque son importance est accentuée, comme dans le présent dossier, par le fait qu'une partie approche de la retraite. La cour a aussi considéré la question de la faute et de la négligence des conjoints et conclu que la preuve n'établissait l'existence de ce facteur contre aucune des parties. Enfin, elle a examiné les patrimoines respectifs des époux et fait remarquer que M.T. se trouvait encore à 23 ans de

the normal retirement age and could hope that her financial situation would enable her to retire at that time. The Court of Appeal concluded that although none of the factors it had examined would, if considered in isolation, warrant its intervention, equal partition would result in an injustice, having regard to the whole of the record and of the five factors in issue (para. 26). It accordingly ordered that the benefits accrued under J.-Y.T.'s pension plan be excluded from the partition of the family patrimony. The appellant is now challenging that conclusion in this Court.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[11] This appeal raises two issues. The first concerns the interpretation of art. 422 C.C.Q., which authorizes the court to order unequal partition of the family patrimony in certain cases. That provision reads as follows:

422. The court may, on an application, make an exception to the rule of partition into equal shares, and decide that there will be no partition of earnings registered pursuant to the Act respecting the Québec Pension Plan or to similar plans where it would result in an injustice considering, in particular, the brevity of the marriage, the waste of certain property by one of the spouses, or the bad faith of one of them.

[12] After the first issue is resolved, it will be necessary to apply the principles governing the interpretation of that provision to the facts of this case in order to determine whether they support unequal partition, that is, whether, in practice, they justify excluding the respondent's pension credits from the partition of the patrimony. Before turning to these two issues, however, I feel it will be helpful to review the origin and legal structure of the family patrimony and the role this concept plays in the organization of the patrimonial relationship between spouses in Quebec civil law.

##### B. *Framework for the Patrimonial Relationship Between Spouses in Quebec Civil Law*

[13] The family patrimony is part of a complex set of legislative provisions whose purpose is to

l'âge normal de la retraite et pouvait espérer que sa situation financière lui permettra de prendre sa retraite à ce moment. La Cour d'appel a alors conclu que, même si aucun des facteurs qu'elle avait examinés, considérés individuellement, ne justifierait son intervention, un partage égal constituerait une injustice, au regard de l'ensemble du dossier et des cinq facteurs en cause (par. 26). En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les droits accumulés au titre du régime de retraite de J.-Y.T. soient exclus du partage du patrimoine familial. L'appellante attaque maintenant cette conclusion devant notre Cour.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige*

[11] Ce pourvoi soulève deux questions. La première porte sur l'interprétation de l'art. 422 C.c.Q. qui autorise le tribunal à ordonner, dans certains cas, le partage inégal du patrimoine familial. Cette disposition se lit :

422. Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents, décider qu'il n'y aura aucun partage de ces gains, lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux.

[12] Il faudra ensuite appliquer les principes d'interprétation de ce texte de loi aux faits de l'espèce pour déterminer s'ils donnent ouverture à une conclusion de partage inégal, c'est-à-dire s'ils permettent en pratique d'exclure les droits à pension de l'intimé du patrimoine à partager. Toutefois, avant de passer à ces deux questions, je crois utile de rappeler l'origine et la structure juridique du patrimoine familial et sa place dans l'aménagement des rapports patrimoniaux des époux en droit civil québécois.

##### B. *Le cadre de l'aménagement des rapports patrimoniaux des époux en droit civil québécois*

[13] Le patrimoine familial se situe dans un ensemble complexe de dispositions législatives



structure the patrimonial relationship between spouses when a marriage is entered into, during the marriage and when it is dissolved. The legislature has made some of these provisions imperative; other measures constitute suppletive or optional rules. These provisions are the result of a legislative process that developed over several decades.

[14] In the law governing patrimony, a marriage has the immediate effect, under art. 414 *C.C.Q.*, of establishing a family patrimony, and it creates a claim that can be asserted upon separation from bed and board or upon dissolution of the marriage. The law also provides for the possibility of a compensatory allowance where one spouse has contributed to the enrichment of the other spouse's patrimony (art. 427 *C.C.Q.*). The question of the legal nature of these rights remains unresolved. Some see them as a primary matrimonial regime, while others see them as simple effects of marriage. This question of characterization is not in issue in this Court, although it can, in practice, be of more than theoretical interest in private international law (see G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques* (2003), Nos. 258-59; J. Pineau and M. Pratte, *La famille* (2006), at pp. 204-10). This Court can resolve the legal issue presently before it without expressing an opinion on this point.

[15] Furthermore, the legislature has provided for the adoption of a matrimonial regime by the spouses. Under art. 431 *C.C.Q.*, the choice of a regime and of its content is based on the parties' freedom of contract, "subject to the imperative provisions of law and public order". If the spouses have not made an express choice, they are presumed, pursuant to art. 432, to have opted for the regime of partnership of acquests. Thus, all married spouses in Quebec have, by virtue of their marriage, a matrimonial regime that they may alter, but that remains subject to imperative rules, including the rules governing the family patrimony. I will now discuss the nature of the family patrimony.

destinées à aménager les rapports patrimoniaux des époux à la conclusion du mariage, pendant sa durée et à sa dissolution. Le législateur a donné à certaines d'entre elles un caractère impératif; d'autres mesures constituent des règles supplétives ou optionnelles. Ces dispositions sont le fruit d'une évolution législative de plusieurs dizaines d'années.

[14] Dans le domaine patrimonial, la conclusion du mariage entraîne comme effet immédiat la formation d'un patrimoine familial selon l'art. 414 *C.c.Q.* et crée un droit de créance qui s'ouvre à la séparation de corps ou à la dissolution du mariage. La loi prévoit aussi la possibilité d'une prestation compensatoire en cas d'apport par l'un des époux à l'enrichissement du patrimoine de l'autre (art. 427 *C.c.Q.*). Une controverse persiste autour de la qualification juridique de ces droits. D'aucuns voient en eux un régime matrimonial primaire, d'autres de simples effets du mariage. Ce problème de qualification ne se pose pas devant nous, bien qu'il s'avère parfois important en pratique, en droit international privé, au-delà de son intérêt théorique (voir G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques* (2003), n<sup>os</sup> 258-259; J. Pineau et M. Pratte, *La famille* (2006), p. 204-210). Le problème juridique porté devant notre Cour peut se régler sans qu'il soit nécessaire d'exprimer d'avis sur cette controverse.

[15] Par ailleurs, le législateur a prévu l'adoption d'un régime matrimonial par les conjoints. Selon l'art. 431 *C.c.Q.*, le choix du régime et de son contenu relève de la liberté contractuelle des parties « sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public ». En l'absence de choix exprès par les conjoints, l'art. 432 présume qu'ils ont opté pour la société d'acquêts. Du fait du mariage, tous les époux québécois possèdent ainsi un régime matrimonial qu'ils peuvent modifier, mais qui se trouve soumis à des règles impératives, dont celles qui gouvernent le patrimoine familial. J'examinerai maintenant la nature de celui-ci.

C. *Family Patrimony and Establishment of a Principle of Equality*

[16] The institution of family patrimony is consistent with a general trend in Canada to protect vulnerable spouses. This legislative tendency is concerned with guaranteeing a form of equality that, although perhaps imperfect, plays a significant role in the creation and dissolution of a family patrimony on terms that can vary widely (N. Kasirer, “*Couvrez cette communauté que je ne saurais voir: Equity and Fault in the Division of Quebec’s Family Patrimony*” (1994), 25 *R.G.D.* 569, at pp. 572-73; see also *Stein v. Stein*, [2008] 2 S.C.R. 263, 2008 SCC 35, at para. 25, *per* Abella J.).

[17] The Quebec National Assembly passed the provisions that established the family patrimony in 1989 (*An Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses*, S.Q. 1989, c. 55). That Act represented a partial response to the disappointment and difficulties that had resulted from the implementation of the compensatory allowance in the years prior to its enactment (Kasirer, at p. 582). As soon as the family patrimony legislation came into force, it became a key component of the patrimonial relationship between spouses. It applied immediately to all existing marriages, subject to the spouses’ right to waive its application by notarial declaration before January 1, 1991 (S.Q. 1989, c. 55, s. 42). Since then, a family patrimony has been established whenever a marriage is entered into. Article 423 *C.C.Q.* prohibits spouses from renouncing their rights in the patrimony before or during the marriage:

**423.** The spouses may not, by way of their marriage contract or otherwise, renounce their rights in the family patrimony.

One spouse may, however, from the death of the other spouse or from the judgment of divorce, separation from bed and board or nullity of marriage, renounce such rights, in whole or in part, by notarial act *en minute*; that spouse may also renounce them by a judicial declaration which is recorded, in the course of proceedings for divorce, separation from bed and board or nullity of marriage.

C. *Le patrimoine familial et l’établissement d’un principe d’égalité*

[16] L’institution du patrimoine familial s’inscrit dans un mouvement général de protection des conjoints vulnérables au Canada. Cette tendance législative vise à garantir une égalité, peut-être imparfaite, mais significative dans la création et la dissolution d’un patrimoine conjugal selon des modalités parfois fort variées (N. Kasirer, « *Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec’s Family Patrimony* » (1994), 25 *R.G.D.* 569, p. 572-573; voir aussi *Stein c. Stein*, [2008] 2 R.C.S. 263, 2008 CSC 35, par. 25, la juge Abella).

[17] L’Assemblée nationale du Québec a adopté en 1989 les dispositions législatives instituant le patrimoine familial (*Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser l’égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55). L’adoption de cette loi répondait en partie aux déceptions et aux difficultés qui avaient marqué la mise en application de la prestation compensatoire au cours des années précédentes (Kasirer, p. 582). Dès son entrée en vigueur, la législation sur le patrimoine familial est devenue un élément clef des rapports patrimoniaux entre les conjoints. Elle s’est appliquée immédiatement à tous les mariages existants — sous réserve du droit des époux de renoncer à son application par déclaration notariée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991 (L.Q. 1989, ch. 55, art. 42). Depuis, le patrimoine familial naît avec la conclusion de chaque mariage. L’article 423 *C.c.Q.* interdit aux conjoints de renoncer au patrimoine avant ou pendant le mariage :

**423.** Les époux ne peuvent renoncer, par leur contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial.

Toutefois, un époux peut, à compter du décès de son conjoint ou du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité de mariage, y renoncer, en tout ou en partie, par acte notarié en minute; il peut aussi y renoncer, par une déclaration judiciaire dont il est donné acte, dans le cadre d’une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage.

Renunciation shall be entered in the register of personal and movable real rights. Failing entry within a period of one year from the time when the right to partition arose, the renouncing spouse is deemed to have accepted.

[18] A family patrimony comprises specific property from a list that includes benefits that have accrued to a spouse during the marriage under a pension plan (art. 415 *C.C.Q.*). Article 416 establishes a principle of equal partition of the patrimony between the spouses upon dissolution of the marriage. In practice, the listed property represents the principal assets of most couples. In this appeal, the value of the benefits that had accrued to the respondent under his pension plan constituted the bulk of the family patrimony.

#### D. *Possibility of Unequal Partition*

[19] However, under art. 423 *C.C.Q.*, spouses retain the right to renounce their rights in the family patrimony upon dissolution of the marriage. If a spouse does not renounce those rights, the only limit on the imperative nature of the principle of equal partition is found in art. 422, according to which a court may order unequal partition in certain cases where an injustice would otherwise result. The interpretation of that provision is the central issue in the case at bar.

[20] Before art. 422 can be applied, the interpretation problem it causes must be resolved. More specifically, it is necessary to establish the nature of the “injustice” that will justify a judge ordering unequal division of the family patrimony, “considering, in particular, the brevity of the marriage, the waste of certain property by one of the spouses, or the bad faith of one of them”. As Dean Kasirer points out, a liberal interpretation conferring broad discretion on a court would jeopardize the principle of equality that is central to the law:

Judges should be as shy to depart from the general rule of equal “partition”, as they have been under similar legislation in common law Canada, since a more active stance would render article 422 a licence for case-by-case review of the appropriateness of equal partition. It

La renonciation doit être inscrite au registre des droits personnels et réels mobiliers. À défaut d’inscription dans un délai d’un an à compter du jour de l’ouverture du droit au partage, l’époux renonçant est réputé avoir accepté.

[18] Le patrimoine familial comprend une liste de biens déterminés qui inclut les droits accumulés par un conjoint au titre d’un régime de retraite au cours du mariage (art. 415 *C.c.Q.*). L’article 416 établit un principe de partage égal de ce patrimoine entre les conjoints à la dissolution du mariage. En pratique, les biens énumérés sont le plus souvent les principaux actifs de la majorité des couples. Dans le présent appel, la valeur des droits accumulés par l’intimé dans son régime de retraite constitue l’essentiel du patrimoine familial.

#### D. *La possibilité de partage inégal*

[19] Les conjoints conservent toutefois, suivant l’art. 423 *C.c.Q.*, le droit de renoncer au patrimoine familial à la dissolution du mariage. En l’absence de renonciation, la seule limite au caractère impératif du principe de partage égal se retrouve à l’art. 422 qui autorise le tribunal à ordonner un partage inégal, dans certains cas d’injustice. L’interprétation de cette disposition législative se situe au cœur du présent litige.

[20] En effet, l’application de cette disposition exige au préalable la solution du problème d’interprétation que pose l’art. 422. Plus précisément, il s’agit de déterminer la nature de l’« injustice » qui permettra au juge d’ordonner le partage inégal du patrimoine familial « compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l’un des époux ou encore de la mauvaise foi de l’un d’eux ». Comme le souligne le doyen Kasirer, une interprétation large, conférant au tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu, mettrait en péril l’existence du principe d’égalité inscrit au cœur de la loi :

[TRADUCTION] Les juges devraient hésiter à déroger à la règle générale du « partage » égal, tout autant qu’ils l’ont fait en appliquant des lois analogues dans les ressorts canadiens de common law, car une moins grande retenue transformerait l’article 422 en une habilitation

would mean, in effect, a return to the ad-hockery of the compensatory allowance which the legislature has so explicitly steered courts away from doing. [p. 583]

[21] Although the Quebec courts have not been unanimous as regards the interpretation of art. 422, their decisions do establish certain basic guidelines. These guidelines are structured around the very concept of marriage, as expressed in the institution of the family patrimony. Marriage represents, first and foremost, a union of persons. However, the legislature also wanted it to be a partial economic union or an association of interests (D. Burman and J. Pineau, *Le "patrimoine familial"* (projet de loi 146) (1991), No. 31). The adoption of the partnership of acquests as the suppletive matrimonial regime that is to apply unless the spouses make another choice shows that this is what the legislature intended. The creation of the family patrimony confirms that intention even more clearly.

[22] Marriage results in the establishment of a form of economic union to which both spouses must contribute as best they can (Kasirer, at p. 572). Article 396 *C.C.Q.* clearly imposes on the spouses a legal obligation to contribute toward the expenses of the marriage "in proportion to their respective means". It also provides that "[t]he spouses may make their respective contributions by their activities within the home." The law is not really concerned with the size or nature of the contributions, and in fact presumes them to be equal (*Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.), at p. 2809). This presumption that contributions are equal underlies the principle of equal partition of the family patrimony on dissolution of the marriage, and it underscores the exceptional nature of the power to order unequal partition.

[23] The first principle for the interpretation and application of art. 422 derives from the legislative rule of equality. This is not a tool to be used to support a disagreement with the very objective of the legislation. The injustice referred to in art. 422 cannot arise out of the existence and application of the law that establishes the family patrimony.

à réexaminer au cas par cas le bien-fondé du partage égal. Ce qui provoquerait, en fait, un retour à la démarche ponctuelle caractéristique de la prestation compensatoire, voie dont le législateur a si explicitement voulu écarter les tribunaux. [p. 583]

[21] Si la jurisprudence québécoise n'a pas été unanime sur l'interprétation de l'art. 422, elle comporte néanmoins quelques orientations fondamentales. Celles-ci s'organisent autour de la conception même du mariage qui s'exprime dans l'institution du patrimoine familial. Le mariage représente d'abord une union de personnes. Cependant, le législateur a aussi voulu qu'il constitue une union économique partielle ou une association d'intérêts (D. Burman et J. Pineau, *Le « patrimoine familial »* (projet de loi 146) (1991), n° 31). L'adoption de la société d'acquets comme régime matrimonial supplétif à défaut d'un autre choix par les conjoints témoigne de cette volonté législative. La création du patrimoine familial la confirme encore plus nettement.

[22] Le mariage entraîne la création d'une forme d'union économique à laquelle les époux sont appelés à contribuer de leur mieux (Kasirer, p. 572). L'article 396 *C.c.Q.* impose clairement aux conjoints une obligation légale de contribuer aux charges du mariage « à proportion de leurs facultés respectives ». Il prévoit aussi que « [c]haque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer. » La loi ne s'attache pas particulièrement à la mesure des contributions ou à leur nature. D'ailleurs, elle les présume égales (*Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.), p. 2809). Cette présomption d'égalité des contributions fonde le principe d'égalité du partage du patrimoine familial à la dissolution du mariage et souligne le caractère d'exception du pouvoir d'en ordonner une division inégale.

[23] Le premier principe d'interprétation et d'application de l'art. 422 se dégage de la norme législative d'égalité. Il ne s'agit pas d'un instrument permettant de donner cours à un désaccord avec l'objectif même de la législation. L'injustice mentionnée à l'art. 422 ne saurait découler de l'existence et de l'application de la loi qui institue le

The adoption of the institution of family patrimony has led to sometimes heated criticism. (Pineau and Pratte, at pp. 195 and 199; also J.-M. Brisson and N. Kasirer, “The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat: from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991”, in D. J. Guth and W. W. Pue, eds., *Canada’s Legal Inheritances* (2001), 406, at pp. 436-37). However, the authors agree that the injustice contemplated in art. 422 must not be an injustice that derives from the application of the law itself (see Pineau and Pratte, at p. 278). The courts have recognized the validity of this principle (*Droit de la famille — 2659*, J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439 (C.A.)), which the Court of Appeal acknowledged in its reasons in the instant case (para. 18).

[24] The second principle of interpretation is that the list in art. 422 is not exhaustive. According to this principle, a court can intervene in cases other than those specifically referred to in that provision (see, for example, *Droit de la famille — 1395*, [1993] R.J.Q. 1659 (C.A.); *Droit de la famille — 1511*, J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138 (C.A.)). The list must not be regarded as open-ended, however, as its context is that of an institution that was created to ensure a form of economic equality between spouses. The list does not concern a moral judgment on the spouses’ conduct during their marriage, or on their temper, ingratitude or fidelity. Furthermore, the Quebec Court of Appeal relied on this characteristic of the list in art. 422 when it distinguished the grounds for revoking a gift from those justifying unequal partition of the family patrimony (*Droit de la famille — 1907*, J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103). The application of art. 422 is based on the presence of factors of the same basic nature; to express this, the Quebec Court of Appeal has sometimes stated that it should be interpreted by applying the *ejusdem generis* rule (*Droit de la famille — 1395*, at p. 1663). What now remains is to determine how to identify the factors that are likely to result in an injustice that might justify unequal partition. However, the court must not forget that this analysis will be based on the specific facts of each case and will not be limited

patrimoine familial. L’adoption de cette institution a soulevé des critiques parfois vives (Pineau et Pratte, p. 195 et 199; aussi J.-M. Brisson et N. Kasirer, « The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat : from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991 », dans D. J. Guth et W. W. Pue, dir., *Canada’s Legal Inheritances* (2001), 406, p. 436-437). Cependant, la doctrine ne conteste pas que l’injustice visée à l’art. 422 ne doit pas correspondre à celle qui peut découler des dispositions de la loi (voir Pineau et Pratte, p. 278). La jurisprudence reconnaît la validité de ce principe (*Droit de la famille — 2659*, J.E. 97-963, SOQUIJ AZ-97011439 (C.A.)). L’arrêt dont appel l’admet (par. 18).

[24] La seconde règle d’interprétation veut que l’énumération de l’art. 422 ne soit pas limitative. Elle permettrait au tribunal d’intervenir en dehors des cas spécifiquement prévus dans cette disposition (voir, par exemple, *Droit de la famille — 1395*, [1993] R.J.Q. 1659 (C.A.); *Droit de la famille — 1511*, J.E. 97-302, SOQUIJ AZ-97011138 (C.A.)). Cependant, cette énumération ne doit pas être considérée comme ouverte à l’infini. En effet, elle demeure toujours située dans le contexte d’une institution créée pour assurer une forme d’égalité économique entre les conjoints. L’énumération n’a rien à voir avec un jugement moral sur la conduite des conjoints durant leur mariage, leur humeur, leur ingratitude ou leur fidélité. La Cour d’appel du Québec a d’ailleurs retenu cette caractéristique de l’énumération de l’art. 422 lorsqu’elle a distingué les motifs de révocation d’une donation de ceux qui autorisent un partage inégal du patrimoine familial (*Droit de la famille — 1907*, J.E. 94-133, SOQUIJ AZ-94011103). L’application de l’art. 422 repose sur la présence de facteurs d’une même nature fondamentale, réalité que la Cour d’appel du Québec exprime parfois par l’affirmation qu’il convient de lui appliquer la règle d’interprétation « *ejusdem generis* » (*Droit de la famille — 1395*, p. 1663). Encore faut-il maintenant déterminer comment seront identifiés les facteurs de nature à créer une injustice susceptible de justifier un partage inégal.

to a mere classification exercise based on a list of predetermined factors.

[25] The interpretive approach to be taken in applying art. 422 must always be consistent with the objective of the family patrimony, that is, to create an economic union between the spouses. Such an approach will enable the court to determine what circumstances might result in an injustice within the meaning of art. 422. Those circumstances must be related to the success or failure of the economic partnership between the parties. It must be determined whether, by their actions or conduct during the marriage, the spouses defaulted on their fundamental obligation to contribute to forming and maintaining the family patrimony:

Since 1989, Quebec's *droit commun* has renewed its faith in the moral postulate, consecrated elsewhere in Canada by way of the remedy of the constructive trust and the legislative schemes built thereupon, that marriage is a joint economic endeavour to which both spouses are bound to contribute as best they can. The spouse who has not made the contribution, in property or in services, called for by the very nature of marriage has violated the fundamental economic covenant upon which marriage itself is founded. Conduct is thus relevant at divorce but only insofar as it reveals this abuse of confidence in marriage whereby a spouse has failed to treat family life as a financial partnership. Accordingly, the Civil Code allows a judge — presiding over a veritable civilian court of conscience — to depart from equal “partition” of the net value of the family patrimony when a spouse comes to partition with unclean hands for having failed to contribute to the joint economic endeavour.

(Kasirer, at p. 572)

[26] In this respect, it might be asked what the words “bad faith” mean in the list in art. 422. Once again, the concept of “bad faith”, although it is very flexible, must be interpreted in light of the general context in which it is used. Here, it is economic in nature. It does not relate to an assessment of morality or of the quality of the spouses’ married life (Kasirer, at p. 590).

Il faut toutefois que le tribunal demeure conscient que cette analyse s’effectuera à partir de l’étude des faits propres à chaque espèce et ne se bornera pas à un simple exercice de classification à l’intérieur d’une liste de facteurs prédéterminés.

[25] L’approche interprétative nécessaire à l’application de l’art. 422 doit toujours prendre en compte la nature de l’objectif du patrimoine familial, soit la création d’une union économique entre les conjoints. Cette méthode permet de déterminer la nature des circonstances susceptibles de provoquer une injustice au sens de l’art. 422. Ces circonstances doivent se relier à la réalisation ou à l’échec de l’association économique entre les parties. Il faut déterminer si, par leurs actes ou leur comportement durant le mariage, les conjoints ont violé leur obligation fondamentale de contribuer à la formation et au maintien du patrimoine familial :

[TRADUCTION] Depuis 1989, le droit commun québécois a réitéré son adhésion au postulat moral — consacré ailleurs au Canada au moyen de la fiducie constructive (ou fiducie par interprétation) et des régimes législatifs qui s’en inspirent — selon lequel le mariage est une entreprise économique conjointe à laquelle chaque époux doit contribuer de son mieux. L’époux qui n’a pas fourni, en biens ou en services, la contribution requise par la nature même du mariage, a violé l’engagement économique fondamental sur lequel repose le mariage. La conduite est donc pertinente au moment du divorce, mais seulement dans la mesure où elle révèle que l’une des parties au mariage a commis un abus de confiance en ne traitant pas la vie familiale comme un partenariat financier. Le Code civil autorise donc le juge — qui préside une véritable « cour de conscience » civile — à déroger au « partage » égal de la valeur nette du patrimoine familial lorsqu’un époux qui entend bénéficier du partage n’est pas sans reproche, vu son défaut de contribuer à l’entreprise économique conjointe.

(Kasirer, p. 572)

[26] On peut s’interroger à ce propos sur le sens de la notion de « mauvaise foi » dans l’énumération de l’art. 422. Encore là, malgré sa très grande flexibilité, ce concept doit s’interpréter dans le contexte général où il est employé. Cette notion conserve un caractère économique. Elle ne renvoie pas à l’appréciation de la valeur morale ou de la qualité de la vie conjugale des époux (Kasirer, p. 590).

[27] The brevity of the marriage, which is referred to in art. 422, often has a direct economic impact. The length of the union has an impact on the establishment and consolidation of the economic partnership. Waste or mismanagement can also affect the content of the patrimony, or even its very existence (*Droit de la famille — 1953*, J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386 (C.A.); *M.G. v. A.B.*, J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166 (C.A.), aff'g [2001] R.D.F. 556 (Sup. Ct.); *Droit de la famille — 1395*).

[28] The court must consider the parties' conduct and relative contributions from the standpoint of their economic impact on the family patrimony, not their impact on the happiness of their life together, although specific actions can affect all aspects of the conjugal relationship. When cited as a source of injustice within the meaning of art. 422, harmful or wrongful acts, or faults, committed by the spouses must be clearly connected with the fate of the family patrimony. They must, in a word, be in the nature of economic faults (Kasirer, at p. 593).

#### E. *Unequal Partition Not Warranted*

[29] Thus, any causes of injustice that are ascribed to a spouse must be analysed from the standpoint of their impact on the patrimony. This rule holds true where spousal misconduct is alleged, as such misconduct must correspond to an economic fault that is connected with performance of the obligation to contribute. From this standpoint, the Court of Appeal's application of art. 422 was inconsistent with the limits placed by the legislature on the courts' power to order unequal partition. This conclusion flows from the reasons invoked by the Court of Appeal for excluding the respondent's pension credits from the partition of the family patrimony.

[30] I must note at the outset that one of the reasons invoked by the Court of Appeal is totally irrelevant to the dispute between the parties. The court included the respondent's first marriage among the factors relevant to its decision on unequal partition.

[27] La brièveté du mariage que mentionne l'art. 422 a souvent un impact économique direct. La durée de l'union influe sur la création et la consolidation de l'association économique. De même, les actes de dilapidation ou de mauvaise gestion pourront affecter le contenu du patrimoine, sinon son existence même (*Droit de la famille — 1953*, J.E. 94-552, SOQUIJ AZ-94011386 (C.A.); *M.G. c. A.B.*, J.E. 2002-1013, SOQUIJ AZ-50128166 (C.A.), conf. [2001] R.D.F. 556 (C.S.); *Droit de la famille — 1395*).

[28] Les tribunaux doivent examiner la conduite des parties et l'importance de leur contribution dans la perspective de leur impact économique sur le patrimoine familial, non de leur effet sur le bonheur de la vie commune, bien que les mêmes actions puissent affecter l'ensemble des aspects de l'union conjugale. Lorsqu'on les invoque comme source d'injustice au sens de l'art. 422, les actes préjudiciables ou répréhensibles, ou fautes des conjoints, doivent conserver un lien clair avec le sort du patrimoine familial. Ils doivent présenter en quelque sorte le caractère d'une faute économique (Kasirer, p. 593).

#### E. *Absence de justification d'un partage inégal*

[29] Ainsi, les causes d'injustice imputées à un conjoint doivent être analysées dans la perspective de leur impact sur le patrimoine, y compris dans les cas où il s'agit de reproches à propos de la conduite d'un conjoint, qui doivent correspondre à des fautes économiques rattachées à l'exécution des obligations de contribution. Dans cette perspective, l'application de l'art. 422 par la Cour d'appel ne respectait pas les limites imposées par le législateur au pouvoir judiciaire d'ordonner un partage inégal. Cette conclusion ressort de l'étude des motifs retenus par la Cour d'appel pour exclure les droits à pension de l'intimé du partage du patrimoine familial.

[30] Dès le départ, je dois souligner que l'un des motifs invoqués par la Cour d'appel demeure totalement étranger au débat entre les parties. La cour a mentionné parmi les facteurs pertinents à sa décision sur le partage inégal le premier mariage

But nothing in the record suggests that the first marriage had the slightest impact on the parties' life together or on the respondent's financial circumstances during or at the time of dissolution of his second marriage. There is no basis in the evidence for considering that factor. Indeed, the respondent did not even try to argue it in this Court. The Court of Appeal appears, in assessing the facts relevant to the appeal before it, to have made a clear error on this point.

[31] Furthermore, the Court of Appeal placed great stress on the fact that the parties had contributed unequally to the family patrimony, which was composed almost exclusively of contributions made by the respondent during the marriage. The stress placed by the Court of Appeal on this point was unwarranted in the instant case. First of all, there is no evidence of economic fault or injustice on the appellant's part. As the parties had agreed, she studied and worked, often part-time or in unstable or temporary jobs. Her activities in the home were also continual. Her income went to a large part — to the extent of her ability to pay — toward their life together, as she contributed to, among other things, the [TRANSLATION] “little extras”, as the trial judge wrote (para. 29). The trial judge also noted that both spouses had “contributed towards the expenses of the marriage in proportion to their respective means” (para. 28). In the circumstances, the unequal nature of the contributions certainly does not represent a cause of injustice for the purposes of art. 422. It was a foreseeable consequence of the marriage. Thus, the spouse who has the higher income will, in all likelihood, finance a larger share of the couple's retirement (*L.C. v. P.P.*, [2005] Q.J. No. 6555 (QL), 2005 QCCA 515, at paras. 17-18, and *Burman and Pineau*, at pp. 68-69).

[32] The Court of Appeal also cited the age difference — about 20 years — between the parties and the fact that the respondent was only a few years from the mandatory retirement age. The parties must have accepted this situation at the start of their union. After cohabiting for seven years, they entered into a marriage that lasted 12 years. The age difference did not in itself result in injustice in

de l'intimé. Or, rien dans le dossier n'indique que ce mariage ait eu le moindre impact sur la vie des parties et sur la situation financière de l'intimé au cours de son second mariage ou à la dissolution de celui-ci. On ne retrouve aucun fondement dans la preuve pour la prise en considération de cet élément. Même l'intimé n'a pas cherché à tirer argument de ce facteur devant notre Cour. La Cour d'appel paraît avoir commis sur ce point une erreur claire dans l'appréciation des faits pertinents au pourvoi porté devant elle.

[31] Par ailleurs, la Cour d'appel a fortement insisté sur l'inégalité des contributions des parties au patrimoine familial, constitué presque exclusivement par les apports de l'intimé durant le mariage. Cette insistance de la Cour d'appel sur cette inégalité était injustifiée dans le contexte de ce dossier. D'abord, la preuve ne démontre aucune faute économique ou injustice de la part de l'appelante. Comme les parties en avaient convenu, elle a étudié et travaillé, souvent à temps partiel ou dans des emplois précaires ou temporaires. Son activité à l'intérieur du foyer a été aussi constante. Ses revenus ont été en bonne partie employés pour la vie commune dans la mesure de ses moyens, y compris pour le « plaisant superflu » comme l'a constaté le premier juge (par. 29). Celui-ci a également reconnu que les deux époux avaient « contribué aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives » (par. 28). Dans ce contexte, l'inégalité des contributions ne représente sûrement pas une cause d'injustice admissible pour l'application de l'art. 422. Il s'agit d'une conséquence prévisible du mariage. Ainsi, le conjoint qui dispose d'un revenu plus élevé financera probablement plus tard la majeure partie de la retraite du couple (*L.C. c. P.P.*, [2005] J.Q. n° 6555 (QL), 2005 QCCA 515, par. 17-18, et *Burman et Pineau*, p. 68-69).

[32] La Cour d'appel s'est aussi appuyée sur la différence d'âge entre les parties, qui atteignait une vingtaine d'années, et sur le fait que l'intimé se trouvait à quelques années seulement de l'âge de la retraite obligatoire. Cette situation était nécessairement acceptée par les parties dès le début de leur union. Après une cohabitation de sept ans, les parties ont contracté un mariage qui a duré douze



the circumstances. The appellant did nothing that would have adversely affected the integrity of the family patrimony. Her age cannot be held against her as a ground for refusing to apply the law as it is meant to be applied.

[33] Partition of the patrimony, including pension credits accumulated during the marriage, represents the form of justice sought by the legislature. The loss of a portion of his credits, which the respondent sees as an injustice, results solely from the solution adopted in the law. This loss cannot be remedied without refusing to apply the law and disregarding its express language.

[34] Neither the unequal contributions to the patrimony nor the loss of the parties' expectation of a life together as a result of the dissolution of the marriage justifies the solution adopted by the Court of Appeal. The exception provided for in art. 422 did not apply in this case, and the respondent's appeal from the Superior Court's judgment should have been dismissed.

#### V. Conclusion

[35] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Quebec Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fontaine, Panneton et associés, Sherbrooke.*

*Solicitors for the respondent: Cain Lamarre Casgrain Wells, Chicoutimi.*

ans. La différence d'âge en elle-même n'est pas cause d'injustice dans ce contexte. L'appelante n'a commis aucun acte de nature à porter atteinte à l'intégrité du patrimoine familial. On ne saurait lui faire grief de son âge pour refuser d'appliquer la loi comme il se doit.

[33] Le partage du patrimoine, y compris celui des droits à pension accumulés durant le mariage, représente la mesure de justice voulue par le législateur. Le problème de la perte partielle de ses droits, que l'intimé voit comme une injustice, découle uniquement de la solution retenue dans la loi. On ne peut y porter remède sans refuser d'appliquer la loi et sans en nier le contenu explicite.

[34] Ni l'inégalité des contributions au patrimoine ni la perte des expectatives de vie commune résultant de la dissolution du mariage ne justifient la solution adoptée par la Cour d'appel. L'exception prévue à l'art. 422 ne trouvait pas application en l'espèce, et le pourvoi de l'intimé contre le jugement de la Cour supérieure aurait dû être rejeté.

#### V. Conclusion

[35] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, je casserais l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Fontaine, Panneton et associés, Sherbrooke.*

*Procureurs de l'intimé : Cain Lamarre Casgrain Wells, Chicoutimi.*

# INDEX

## CIVIL PROCEDURE

1. Motion for sealing order — Documents to be adduced as fresh evidence can be filed only if subject to sealing order — Admissibility and use of documents to be determined by panel of Supreme Court hearing appeal — Motion granted with conditions.

CANADA (JUSTICE) V. KHADR, 143.

2. Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise new issues rejected — Issues discussed sufficiently in courts below — Intervenors to be given some latitude in light of requirement that they must present new and different perspective — Motions to strike intervenors' factums dismissed.

CANADA (JUSTICE) V. KHADR, 143.

3. Motions to strike — Detainee and interveners arguing that detention in Guantanamo Bay violates detainee's constitutional rights — Allegations that these arguments raise non-justiciable issues or lack factual basis not sufficient reasons to strike intervenors' factums and paragraphs from detainee's factum at this stage — Motions dismissed.

CANADA (JUSTICE) V. KHADR, 143.

4. Costs — Costs premium — Whether costs premium should be awarded — Whether costs should be awarded on substantial indemnity scale.

HONDA CANADA INC. V. KEAYS, 362.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Reverse onus provisions — Sentencing — Young persons — Presumptive offences — Adult sentences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether burden on young person infringes right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1,

## CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

R. v. D.B., 3.

2. Charter of Rights — Application — Fundamental justice — Duty to disclose — Canadian officials interviewing detainee in Guantanamo Bay and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether principles of international law and comity of nations precluded application of Charter — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's binding obligations under international law — If so, whether detainee entitled to disclosure of records of interviews and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting interviews — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

CANADA (JUSTICE) V. KHADR, 125.

3. Charter of Rights — Exclusion of evidence — Police officer obtaining incriminating statement from accused after confronting him with prior statement made by accused in violation of his constitutional right to counsel — Trial judge admitting last statement and convicting accused — Whether last statement tainted by prior statement obtained by police in violation of accused's constitutional right — If so, whether last statement should have been excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. WITTEWIT, 235.

4. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Procedural fairness — Disclosure of evidence — Review of reasonableness of security certificate — Late disclosure of summary of interviews of named person with CSIS officers — Complete notes of interviews destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Scope of duty to retain and disclose information in possession of CSIS about person named in certificate — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.

CHARKAOUI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 326.

5. Charter of Rights — Aboriginal rights and freedoms not affected by Charter — Right to equality — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal,

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether s. 25 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to insulate program from discrimination charge.

R. v. KAPP, 483.

6. Charter of Rights — Right to equality — Affirmative action programs — Relationship between s. 15(1) and s. 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ambit and operation of s. 15(2) — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether program protected by s. 15(2) of Charter.

R. v. KAPP, 483.

**CRIMINAL LAW**

1. Young persons — Sentencing — Reverse onus provisions — Imposition of adult sentence for presumptive offences — Loss of privacy protection of publication ban — Youth criminal justice legislation requiring young person convicted of presumptive offence to justify why adult sentence, rather than youth sentence, should not be imposed and why publication ban should apply — Whether reverse onus provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)(b).

R. v. D.B., 3.

2. Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Accused convicted of sexual assault — Complainant and accused principal witnesses at trial — Whether trial judge adequately instructed jury on application of principles of reasonable doubt to issue of credibility.

R. v. J.H.S., 152.

3. Appeal against sentence — Principles applicable to intervention by appellate court in appeal against sentence.

R. v. L.M., 163.

4. Sentencing — Long-term offender — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Crown applying for finding that accused is long-term offender — Whether

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

long-term offender's period of community supervision must be taken into account in determining appropriate term of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753.1.

R. v. L.M., 163.

5. Sentencing — Maximum sentence — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Sentencing judge stating that accused had committed worst crime in worst circumstances and imposing maximum sentence on count of sexual assault — Principles applicable to imposition of maximum sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

R. v. L.M., 163.

6. Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal reversing trial judge's acquittal of accused on charge of second degree murder owing to insufficiency of reasons — Whether trial judge's duty to give reasons for judgment in trial by judge alone operates with equal force on appeal from acquittal as on appeal from conviction — Whether trial judge's reasons adequately explained why accused was acquitted on charge of second degree murder.

R. v. WALKER, 245.

7. Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled exception to hearsay rule — Witness at trial recanting earlier out-of-court statement identifying accused — Trial judge admitting out-of-court statement under principled exception to hearsay rule — Whether statement should have been admitted.

R. v. DEVINE, 283.

8. Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled approach to hearsay rule — Victim making statements to his mother in weeks leading up to his death which provided support for Crown's theory at trial that accused had motive to kill him — Trial judge admitting victim's out-of-court statements under principled approach to hearsay — Accused convicted of first-degree murder — Whether out-of-court statements should have been admitted.

R. v. BLACKMAN, 298.

9. Sentencing — Taking of DNA samples — Crown conceding on appeal that sentencing court could not order taking of DNA samples proprio motu — Whether Court of Appeal was correct in remitting matter to sentencing court for reconsideration — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051(1)(b).

R. v. S.A.C., 675.

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

10. Young persons — Sentencing — Committal to custody — Proper interpretation of s. 39(1)(c) of Youth Criminal Justice Act — Discrepancy between English and French versions — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 39(1)(c).

R. v. S.A.C., 675.

11. Young persons — Sentencing — Evidence — Requirement to consider pre-sentence report before making sentence in respect of young person — Whether pre-sentence report contained sufficient individualized information to allow sentencing court to craft appropriate and meaningful sentence — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 39, 40, 42.

R. v. S.A.C., 675.

12. Young persons — Evidence — Admissibility of statements — Waiver of rights — Whether Crown must prove not only that necessary explanation given in appropriate and understandable language, but also that young person understood — Whether must be proven by Crown beyond reasonable doubt — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 146.

R. v. L.T.H., 739.

**CROWN LAW**

Crown liability — Duty to implement judicial decree — Whether action lies against public authorities for negligently failing to implement judicial decree.

HOLLAND V. SASKATCHEWAN, 551.

**DAMAGES**

Aggravated damages — Punitive damages — Wrongful dismissal — Employee diagnosed with chronic fatigue syndrome — Employer concerned about employee's numerous absences and about his doctor's notes to cover absences, which provided only limited information — Employee dismissed after refusing to meet with employer's doctor — Circumstances in which aggravated damages resulting from manner of dismissal should be awarded — Whether employee entitled to aggravated and punitive damages.

HONDA CANADA INC. V. KEAYS, 362.

**EMPLOYMENT LAW**

1. Wrongful dismissal — Notice period — Employee terminated after 14 years of employment — Factors determining reasonable notice of termination of employment — Whether employee's position in company hierarchy relevant factor — Whether 15-month notice period reasonable.

HONDA CANADA INC. V. KEAYS, 362.

2. Duty to accommodate — Undue hardship — Employee frequently absent for extended periods because of illness — Employee dismissed for her absenteeism and inability to work on regular and reasonable basis — Interaction between employer's duty to accommodate sick employee and employee's duty to do work — Time relevant to determination of whether employer has fulfilled duty to accommodate — Interpretation and application of undue hardship standard.

HYDRO-QUÉBEC V. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-E-S DE TECHNIQUES PROFESSIONNELLES ET DE BUREAU D'HYDRO-QUÉBEC, SECTION LOCALE 2000 (SCFP-FTQ), 561.

**EVIDENCE**

Fresh evidence — Admissibility — Fresh evidence admissible to clarify record — No unfairness to other parties in admitting evidence.

CANADA (JUSTICE) V. KHADR, 125.

**FAMILY LAW**

1. Divorce — Family assets — Division of contingent liability — Whether British Columbia Family Relations Act precludes division between spouses of contingent family liabilities which cannot be valued at time of trial — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56, 65, 66.

STEIN V. STEIN, 263.

2. Divorce — Family assets — Partition of family patrimony — Civil Code of Québec authorizing exception to rule of equal partition of value of spouses' family patrimony where equal partition would result in injustice considering, in particular, brevity of marriage, waste of certain property by one of spouses, or bad faith of one of them — Nature of "injustice" that justifies judge ordering unequal division of family patrimony — Whether exclusion of husband's pension credits from

**FAMILY LAW — (Concluded)**

partition of patrimony is warranted — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 422.

M.T. v. J.-Y.T., 781.

**FISHERIES**

Commercial fishery — Aboriginal Fisheries Strategy — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether licence constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

R. v. KAPP, 483.

**HUMAN RIGHTS**

1. Discriminatory practices — Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Pension plans — Employee filing complaint alleging age discrimination after being asked to retire at 65 pursuant to mandatory retirement policy contained in pension plan — Provincial human rights legislation expressly declaring that age discrimination provisions not applicable if employer's decision to terminate employment taken pursuant to "bona fide pension plan" — Criteria required to show that pension plan is "bona fide pension plan" — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).

NEW BRUNSWICK (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC., 604.

2. Right to equality — Discrimination based on criminal record — Pardon — Candidate for employment as police officer rejected at initial stage of selection process because of prior conviction despite having been pardoned — Police force indicating that she did not satisfy "good moral character" criterion imposed by hiring standards provided for in statute and regulation — Whether candidate for employment as police officer enjoys protection of s. 18.2 of Charter of human rights and freedoms against discrimination based on prior conviction that connected with employment — Whether that protection applies to all existing forms of pardon, such as statutory pardon — Whether candidate rejected owing to mere fact of finding of guilt — Whether rejection of candidate justified under s. 20 of Quebec Charter, which provides that requirement of aptitudes and qualifications that necessary for employment deemed non-discriminatory — Charter of human rights and freedoms,

**HUMAN RIGHTS — (Concluded)**

R.S.Q., c. C-12, ss. 18.2, 20 — Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 6.1.

MONTRÉAL (CITY) v. QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE), 698.

**IMMIGRATION LAW**

Inadmissibility and removal — Security certificate — Evidence obtained subsequent to initial decision to issue security certificate — Whether new evidence admissible at any stage of judicial review of security certificate and detention — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 78.

CHARKAOUTI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 326.

**LAW OF PROFESSIONS**

Real estate brokers and agents — Compensation — Consumer protection — Written form of real estate brokerage contract prescribed by statute and regulations — Broker's compensation tied to sale of property according to form prescribed by regulation — Parties agreeing to modification of form and compensation paid even though no sale taking place — Professional ethics complaint against broker — Discipline committee concluding that broker's practice illegal — Whether real estate brokerage legislation authorizes payment of compensation in absence of sale — Whether seller may waive requirement that broker's compensation be paid only after sale — Standard of review applicable to discipline committee's decision — Real Estate Brokerage Act, R.S.Q., c. C-73.1, ss. 43, 74(17), 155(5), (15) — Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act, R.R.Q., c. C-73.1, r. 1, s. 26(2) — By-law of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 2, ss. 85, 96 — Rules of professional ethics of the Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., c. C-73.1, r. 5, s. 13.

ASSOCIATION DES COURTIER ET AGENTS IMMOBILIERS DU QUÉBEC v. PROPRIO DIRECT INC., 195.

**PENSIONS**

Pension plans — Bona fide pension plans — Criteria required to show that pension plan is "bona fide

**PENSIONS — (Concluded)**

pension plan” — Human Rights Code, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 3(6)(a).

NEW BRUNSWICK (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC., 604.

---

**PRIVACY**

Investigations of complaints — Powers of Privacy Commissioner — Production of documents — Solicitor-client privilege — Dismissed employee filing complaint with Commissioner and seeking access to her personal employment information — Employer claiming solicitor-client privilege over some documents — Whether Commissioner can compel production of privileged documents — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 12.

CANADA (PRIVACY COMMISSIONER) v. BLOOD TRIBE DEPARTMENT OF HEALTH, 574.

---

**TAXATION**

1. Income tax — Computation of income — Deductions — Canadian exploration expenses — Absolute or contingent liability — Limited recourse debt — Arm's length transaction — Taxpayer purchasing interest in proprietary seismic data as participant in oil and gas joint venture — Interest acquired for \$100,000, satisfied by cash of \$15,000 and promissory note of \$85,000, payable at future date — Taxpayer deducting \$81,655 from income as Canadian exploration expense in 1992 and additional \$14,854 in 1994 — Minister reassessing deductions on basis that seismic data had fair market value of \$32,182, not \$100,000 — Whether taxpayer's liability under promissory note absolute or contingent — Whether taxpayer's purchase transaction was at arm's length — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 66.1(6) “Canadian exploration expense” (a), 69(1)(a), 251(1).

CANADA v. McLARTY, 79.

---

**TAXATION — (Concluded)**

2. Income tax — Administration and enforcement — Minister of National Revenue's power to inspect, audit and examine taxpayers' records — Whether Minister must obtain judicial authorization during course of legitimate audit of registered charity before asking charity to provide information that identifies its donors — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 230(2)(a), 231.1(1).

REDEEMER FOUNDATION v. CANADA (NATIONAL REVENUE), 643.

---

**TORTS**

1. Negligence — Duty of care — Foreseeability — Personal injury — Mental injury — Customer suing his bottled water supplier in negligence after finding remains of flies in unopened bottle — Customer claiming mental injury — Whether damage too remote to allow recovery.

MUSTAPHA v. CULLIGAN OF CANADA LTD., 114.

2. Defamation — Defence of fair comment — Elements of defence — Role of honest belief in test for defence — Radio talk show host defaming social activist opposed to positive portrayals of gay lifestyle — Talk show host making comparisons to Hitler, Ku Klux Klan and skinheads — Comparisons implying activist would condone violence toward gay people — Whether fair comment defence available.

WIC RADIO LTD. v. SIMPSON, 420.

3. Negligence — Claim for negligently acting outside the law — Claim for negligent failure to implement judicial decree — Farmers obtaining declaration that government's action of reducing certification status of their herds unlawful — Minister taking no steps to reinstate farmers' certification — Whether Court of Appeal erred in striking out farmers' cause of action in negligence.

HOLLAND v. SASKATCHEWAN, 551.

---



# INDEX

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommmages-intérêts majorés — Dommages-intérêts punitifs — Congédiement injustifié — Employé atteint du syndrome de la fatigue chronique — Employeur rendu soupçonneux par les nombreuses absences de l'employé et par le peu d'information contenue dans les billets du médecin présentés pour justifier celles-ci — Congédiement par suite du refus de l'employé de rencontrer le médecin de l'entreprise — Cas dans lesquels des dommages-intérêts majorés devraient être accordés en raison des circonstances du congédiement — L'employé avait-il droit à des dommages-intérêts majorés et à des dommages-intérêts punitifs?

HONDA CANADA INC. C. KEAYS, 362.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Détermination de la peine — Adolescents — Infractions désignées — Peines applicables aux adultes — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — L'imposition de ce fardeau à l'adolescent porte-t-elle atteinte au droit de celui-ci de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)b).

R. c. D.B., 3.

2. Charte des droits — Application — Justice fondamentale — Obligation de communiquer — Responsables canadiens ayant interrogé un détenu à Guantanamo puis partagé le résultat obtenu avec les autorités américaines — Les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations faisaient-ils obstacle à l'application de la Charte? — La procédure alors en cours à Guantanamo était-elle contraire aux obligations internationales du Canada? — Dans l'affirmative, le détenu a-t-il droit à la communication des documents relatifs aux entretiens et de

## DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

tout renseignement dont la transmission aux autorités américaines découle directement des entretiens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

CANADA (JUSTICE) C. KHADR, 125.

3. Charte des droits — Exclusion de la preuve — Policier obtenant une déclaration incriminante d'un accusé après l'avoir confronté à une déclaration antérieure faite par l'accusé en violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat — Admission de la dernière déclaration par le juge du procès et déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé — La dernière déclaration est-elle viciée par la déclaration antérieure obtenue par la police en violation du droit constitutionnel de l'accusé? — Dans l'affirmative, la dernière déclaration aurait-elle dû être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. WITTEWER, 235.

4. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Équité procédurale — Divulgence de la preuve — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Sommaire d'entrevues de la personne visée avec les agents du SCRS communiqué tardivement — Notes complètes des entrevues détruites conformément à la politique interne du SCRS — Portée de l'obligation de conservation et de communication de l'information détenue par le SCRS au sujet de la personne visée par le certificat — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.

CHARKAQUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 326.

5. Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes de promotion sociale — Lien entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Portée et application de l'art. 15(2) — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discri-



**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

minatoire fondée sur la race — Le programme en cause est-il protégé par l'art. 15(2) de la Charte?

R. C. KAPP, 483.

6. Charte des droits — Maintien des droits et libertés des Autochtones — Droit à l'égalité — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — L'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés soustrait-il le programme en cause à l'accusation de discrimination?

R. C. KAPP, 483.

**DROIT CRIMINEL**

1. Adolescents — Détermination de la peine — Dispositions portant inversion du fardeau de la preuve — Infliction d'une peine applicable aux adultes dans le cas d'une infraction désignée — Perte de la protection de la vie privée offerte par une interdiction de publication — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents obligeant l'adolescent déclaré coupable d'une infraction désignée à démontrer pourquoi il n'y a pas lieu de lui infliger une peine applicable aux adultes, au lieu d'une peine spécifique, et pourquoi il y a lieu d'interdire la publication — Les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve sont-elles conformes à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 62, 63, 64(1), 64(5), 70, 72(1), 72(2), 73(1), 75, 110(2)b).

R. C. D.B., 3.

2. Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Plaignante et accusé étant les principaux témoins au procès — La juge du procès a-t-elle suffisamment expliqué au jury les principes du doute raisonnable tels qu'ils s'appliquent à la crédibilité?

R. C. J.H.S., 152.

3. Appel d'une sentence — Critères d'intervention d'une cour d'appel dans le cadre d'un appel sur la peine.

R. C. L.M., 163.

4. Détermination de la peine — Délinquant à contrôler — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Ministère public déposant une demande en vue de faire déclarer l'accusé délinquant à contrôler — La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753.1.

R. C. L.M., 163.

5. Détermination de la peine — Peine maximale — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Juge chargé de la détermination de la peine estimant que l'accusé avait commis le pire crime dans les pires circonstances et infligeant la peine maximale pour le chef d'agression sexuelle — Quels critères gouvernent l'infliction d'une peine maximale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

R. C. L.M., 163.

6. Procès — Jugements — Motifs de jugement — Cour d'appel infirmant la décision du juge du procès d'acquitter l'inculpé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré en raison de l'insuffisance des motifs — L'obligation qui incombe au juge du procès de motiver sa décision dans le cas d'un procès devant juge seul s'applique-t-elle de la même façon dans l'appel contre un acquittement que dans l'appel contre une condamnation? — Les motifs du juge du procès expliquent-ils adéquatement les raisons de l'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré?

R. C. WALKER, 245.

7. Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Un témoin se rétracte au procès d'une déclaration extrajudiciaire identifiant l'accusé — Le juge du procès admet la déclaration extrajudiciaire en preuve en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Fallait-il admettre la déclaration en preuve?

R. C. DEVINE, 283.

8. Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Approche raisonnée de la règle du ouï-dire — Déclarations faites par la victime à sa mère dans les semaines précédant sa mort venant appuyer la théorie du ministère public au procès selon laquelle l'accusé avait un mobile pour tuer la victime — Admission par le juge du procès des déclarations extrajudiciaires de la victime selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Les déclarations extrajudiciaires auraient-elles dû être admises?

R. C. BLACKMAN, 298.

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

9. Adolescents — Détermination de la peine — Placement sous garde — Interprétation correcte de l'art. 39(1)c) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents — Divergence entre les versions française et anglaise — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39(1)c).

R. c. S.A.C., 675.

10. Adolescents — Détermination de la peine — Preuve — Nécessité de prendre connaissance d'un rapport prédécisionnel avant d'imposer une peine à un adolescent — Le rapport prédécisionnel contenait-il suffisamment de renseignements personnels pour que le tribunal chargé de déterminer la peine soit en mesure de déterminer une peine appropriée et justifiée? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39, 40, 42.

R. c. S.A.C., 675.

11. Détermination de la peine — Prélèvement d'échantillons d'ADN — Ministère public a reconnu en appel qu'il n'était pas loisible au tribunal chargé de déterminer la peine d'ordonner de son propre chef le prélèvement d'échantillons d'ADN — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de renvoyer cette question au tribunal pour adolescents pour qu'il la réexamine? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051(1)b).

R. c. S.A.C., 675.

12. Adolescents — Preuve — Admissibilité des déclarations — Renonciation aux droits — Le ministère public doit-il prouver non seulement que les explications nécessaires ont été données en des termes adaptés et compréhensibles, mais aussi que l'adolescent les a comprises? — Le ministère public doit-il le prouver hors de tout doute raisonnable? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 146.

R. c. L.T.H., 739.

**DROIT DE L'EMPLOI**

1. Congédiement injustifié — Préavis — Employé congédié après 14 années de service — Facteurs jouant dans la détermination d'un avis raisonnable de cessation d'emploi — Le niveau hiérarchique de l'employé au sein de l'entreprise doit-il être pris en compte? — Un préavis de 15 mois était-il raisonnable?

HONDA CANADA INC. C. KEAYS, 362.

2. Obligation d'accommodement — Contrainte excessive — Absences fréquentes et prolongées d'une employée pour cause de maladie — Employée congédiée pour son absentéisme

**DROIT DE L'EMPLOI — (Fin)**

et son incapacité à fournir une prestation de travail régulière et raisonnable — Interaction entre l'obligation de l'employeur d'accommoder une employée malade et l'obligation de l'employée de fournir une prestation de travail — Moment pertinent pour déterminer si l'employeur a satisfait son obligation d'accommodement — Interprétation et application de la norme de la contrainte excessive.

HYDRO-QUÉBEC C. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-E-S DE TECHNIQUES PROFESSIONNELLES ET DE BUREAU D'HYDRO-QUÉBEC, SECTION LOCALE 2000 (SCFP-FTQ), 561.

**DROIT DE L'IMMIGRATION**

Interdiction de territoire et renvoi — Certificat de sécurité — Éléments de preuve postérieurs à la décision initiale de délivrer un certificat de sécurité — Des preuves nouvelles sont-elles recevables à toute étape du contrôle judiciaire du certificat de sécurité et de la détention? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78.

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 326.

**DROIT DE LA COURONNE**

Responsabilité de l'État — Obligation d'exécuter une décision judiciaire — Les autorités publiques peuvent-elles être poursuivies pour avoir omis par négligence d'exécuter une décision judiciaire?

HOLLAND C. SASKATCHEWAN, 551.

**DROIT DE LA FAMILLE**

1. Divorce — Biens familiaux — Partage d'une dette éventuelle — La Family Relations Act de la Colombie-Britannique empêche-t-elle le partage entre les conjoints de dettes familiales éventuelles dont la valeur ne peut être déterminée au moment du procès? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56, 65, 66.

STEIN C. STEIN, 263.

2. Divorce — Biens familiaux — Partage du patrimoine familial — Code civil du Québec permettant de déroger au principe du partage égal de la valeur du patrimoine familial

**DROIT DE LA FAMILLE — (Fin)**

des époux lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux — Quelle est la nature de l'« injustice » qui permet au juge d'ordonner le partage inégal du patrimoine familial? — L'exclusion des droits à pension du mari du patrimoine à partager est-elle justifiée? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 422.

M.T. c. J.-Y.T., 781.

**DROIT DES PROFESSIONS**

Courtiers et agents immobiliers — Rétribution — Protection du consommateur — Forme écrite du contrat de courtage immobilier prescrite par la loi et les règlements — Rétribution du courtier liée à la vente de l'immeuble selon le formulaire prescrit par règlement — Modification du formulaire du consentement des parties et rétribution sans vente survenue — Plainte déontologique contre le courtier — Comité de discipline concluant que la pratique du courtier est illégale — La législation relative au courtage immobilier autorise-t-elle une rétribution en l'absence de vente? — Un vendeur peut-il renoncer à ce que la rétribution du courtier soit subordonnée à la vente? — Norme de contrôle applicable à la décision du comité de discipline — Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., ch. C-73.1, art. 43, 74(17), 155(5), (15) — Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 1, art. 26(2) — Règlement de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 2, art. 85, 96 — Règles de déontologie de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, R.R.Q., ch. C-73.1, r. 5, art. 13.

ASSOCIATION DES COURTIER ET AGENTS IMMOBILIERS DU QUÉBEC C. PROPRIO DIRECT INC., 195.

**DROIT FISCAL**

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Pouvoir du ministre du Revenu national d'inspecter, vérifier et examiner les registres des contribuables — Dans le cadre d'une vérification légitime d'un organisme de bienfaisance enregistré, le ministre doit-il demander une autorisation judiciaire avant d'exiger que l'organisme lui remette des renseignements sur l'identité de ses donateurs — Loi de l'impôt

**DROIT FISCAL — (Fin)**

sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 230(2)a), 231.1(1).

REDEEMER FOUNDATION C. CANADA (REVENU NATIONAL), 643.

**DROITS DE LA PERSONNE**

1. Mesures discriminatoires — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire — Régimes de pension — Plainte de discrimination fondée sur l'âge présentée par un employé après sa mise à la retraite à l'âge de 65 ans conformément à la règle pertinente d'un régime de pension — Loi provinciale sur les droits de la personne prévoyant expressément que ses dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquent pas lorsque la décision de mettre un employé à la retraite est prise conformément à un « régime de pension effectif » — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)a).

NOUVEAU-BRUNSWICK (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC., 604.

2. Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Pardon — Candidate à un poste de policière exclue à la première étape du processus de sélection à cause d'une condamnation antérieure malgré sa réhabilitation — Service de police indiquant qu'elle ne remplit pas le critère des « bonnes mœurs » prescrit par les normes d'embauche prévues par la loi et le règlement — Le candidat à un poste de policier bénéficie-t-il de la protection qu'offre l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne contre la discrimination fondée sur un antécédent judiciaire dans le domaine de l'emploi? — Cette protection s'applique-t-elle à toutes les formes actuelles du pardon telle la réhabilitation légale? — L'exclusion de la candidate est-elle survenue du seul fait de la déclaration de culpabilité? — L'article 20 de la Charte québécoise qui répute non discriminatoire l'exigence d'aptitudes et qualités requises pour un emploi permettait-il l'exclusion de la candidate? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2, 20 — Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 6.1.

MONTRÉAL (VILLE) C. QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE), 698.

## PÊCHE

Pêche commerciale — Stratégie relative aux pêches autochtones — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le permis était-il conforme à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

R. C. KAPP, 483.

## PENSIONS

Régimes de pension — Régime de pension effectif — Critères auxquels un régime de pension doit satisfaire pour constituer un « régime de pension effectif » — Code des droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 3(6)a).

NOUVEAU-BRUNSWICK (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC., 604.

## PREUVE

Nouvelle preuve — Admissibilité — Éléments de preuve nouveaux admissibles pour clarifier certains points du dossier — Aucun préjudice infligé aux autres parties par l'admission de la preuve nouvelle.

CANADA (JUSTICE) C. KHADR, 125.

## PROCÉDURE CIVILE

1. Requête en vue d'obtenir une ordonnance de mise sous scellés — Documents à produire comme nouveaux éléments de preuve déposés uniquement si les conditions de l'ordonnance de mise sous scellés sont respectées — Décision quant à l'admissibilité et à l'utilisation des documents laissée à la formation de la Cour suprême qui entendra l'appel — Requête accordée et conditions fixées dans l'ordonnance.

CANADA (JUSTICE) C. KHADR, 143.

2. Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les

## PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent de nouvelles questions rejetées — Questions suffisamment abordées devant les juridictions inférieures — Les intervenantes doivent avoir une certaine marge de manœuvre compte tenu de leur obligation de présenter un point de vue nouveau et différent — Requêtes en radiation des mémoires des intervenantes rejetées.

CANADA (JUSTICE) C. KHADR, 143.

3. Requêtes en radiation — Allégations du détenu et des intervenantes que la détention à Guantanamo Bay viole les droits constitutionnels du détenu — Prétentions selon lesquelles ces allégations soulèvent des questions non justiciables ou n'ont pas un fondement factuel suffisant — Prétentions ne justifiant pas à ce stade-ci la radiation des mémoires des intervenantes et de paragraphes du mémoire du détenu — Requêtes rejetées.

CANADA (JUSTICE) C. KHADR, 143.

4. Dépens — Prime — Y a-t-il lieu d'accorder une prime? — Les dépens devraient-ils être adjugés sur la base d'une indemnisation substantielle?

HONDA CANADA INC. C. KEAYS, 362.

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Enquêtes relatives aux plaintes — Pouvoirs du Commissaire à la protection de la vie privée — Production de documents — Privilège du secret professionnel de l'avocat — Plainte au Commissaire à la protection de la vie privée par une employée congédiée cherchant à obtenir l'accès aux renseignements personnels relatifs à son emploi — Employeur revendiquant le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certains documents — Le commissaire peut-il exiger la production de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat? — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 12.

CANADA (COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE) C. BLOOD TRIBE DEPARTMENT OF HEALTH, 574.

## RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

1. Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Préjudice personnel — Préjudice psychologique — Action en négligence intentée par un consommateur contre son fournisseur d'eau embouteillée par suite de la découverte de restes de

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE — (Fin)**

mouches dans une bouteille encore scellée — Préjudice psychologique invoqué par le consommateur — Les dommages subis sont-ils trop éloignés pour ouvrir droit à indemnisation?

MUSTAPHA C. CULLIGAN DU CANADA LTÉE, 114.

2. Diffamation — Défense de commentaire loyal — Éléments de défense — Rôle de la croyance honnête dans le critère d'application du moyen de défense — Animateur d'une émission de radio diffamant une activiste sociale qui s'élevait contre les présentations positives de l'homosexualité — Animateur d'une émission-débat faisant des comparaisons à Hitler, au Ku Klux Klan et aux skinheads — Comparaisons laissant entendre que l'activiste tolérerait la violence contre les homosexuels — Peut-on invoquer la défense de commentaire loyal?

WIC RADIO LTD. C. SIMPSON, 420.

3. Négligence — Demande fondée sur une action accomplie par négligence hors du cadre de la loi — Réclamation pour omission par négligence d'exécuter une décision judiciaire — Éleveurs obtenant un jugement déclarant illicite la décision du gouvernement d'abaisser le statut de certification de leurs troupeaux — Aucune mesure de la part du ministre pour rétablir le niveau de certification des éleveurs — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de radier l'action des éleveurs pour négligence parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action?

HOLLAND C. SASKATCHEWAN, 551.

---

**TAXATION**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Frais d'exploration au Canada — Dette absolue ou éventuelle — Dette avec recours limité — Opération sans lien de dépendance — Achat par le contribuable d'un intérêt dans des données sismiques exclusives à titre de participant dans une coentreprise d'exploration pétrolière et gazière — Intérêt acquis au coût de 100 000 \$, acquitté par le versement de 15 000 \$ en argent comptant et un billet de 85 000 \$ payable à une date ultérieure — Déduction du revenu par le contribuable d'une somme de 81 655 \$ à titre de frais d'exploration au Canada en 1992 et d'une somme additionnelle de 14 854 \$ en 1994 — Nouvelles cotisations du ministre attribuant aux données sismiques une juste valeur marchande de 32 182 \$ plutôt que 100 000 \$ — La dette du contribuable aux termes du billet est-elle absolue ou éventuelle? — L'acquisition des données par le contribuable était-elle une opération sans lien de dépendance? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada » a), 69(1)a), 251(1).

CANADA C. McLARTY, 79.

---

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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>